

مجلة
الشريعة والقانون



حولية محكمة

حماية العلامات التجارية

الإحالة في القانون الدولي الخاص

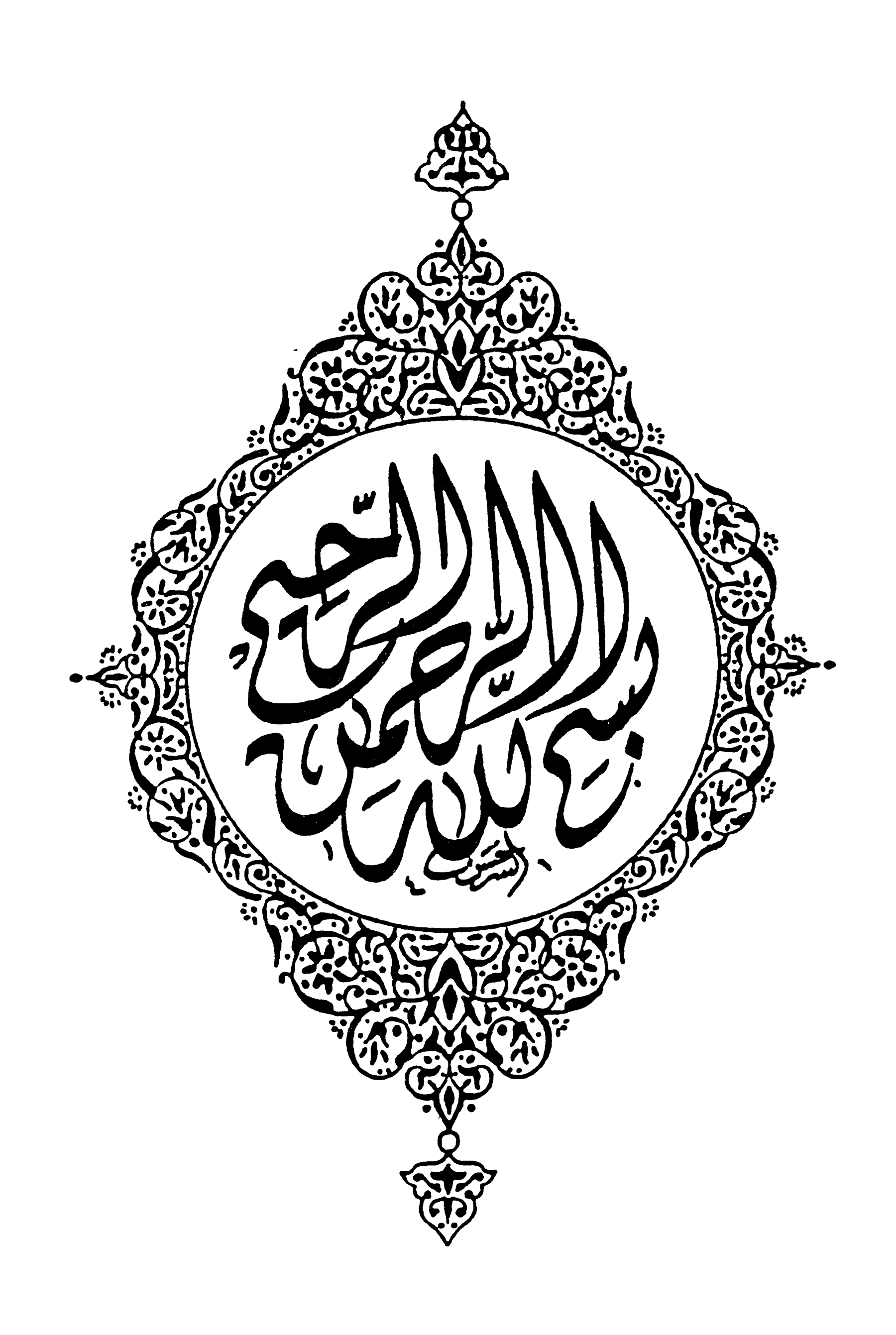
التعديل الدستوري في الإمارات

الآثار المترتبة على الكفالة المالية

استتابة المرتد في الفقه الإسلامي

التطورات الجديدة في القانون الدولي

العدد التاسع - جمادى الثاني ١٤١٦هـ - نوفمبر ١٩٩٥م


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

«يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات»

صدق الله العظيم

ترسل البحوث باسم الأستاذ الدكتور رئيس التحرير على العنوان التالي :
دولة الإمارات العربية المتحدة - جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون -
العين - ص .ب ١٥٥٥١ - تلفون ٦٤٣٩٩٨



هيئة تحرير المجلة

الأبحاث مرتبة وفق اعتبارات فنية بحتة لا علاقة لها بقيمة البحث العلمية ولا بمكانة الباحث ..

أهداف المجلة وقواعد النشر

أولاً: أهداف المجلة:

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية محكّمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

١ - نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية.

٢ - توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية .

٣ - معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطار الشريعة والقانون، سيما مايختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤ - متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥ - إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم .

ثانيا: قواعد النشر:

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما ، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢ - تقبل البحوث باللغة العربية أوالإنجليزية أو الفرنسية، على أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، (١٦ - ٣٢) صفحة من النوع العادي، عدا المراجع

والأشكال والصور والملاحق.

٣ - يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألا يكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار كتابي يمهره الباحث بتوقيعه.

٥ - ضرورة اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية، مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٦ - يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٧ - أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٨ - أن يكون البحث مرقوماً على الآلة الكاتبة، أو بالحاسوب، أو مكتوباً بخط واضح، وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه.

٩ - يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعدِّه، تعرف به، وبسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية.

١٠ - يتم عرض البحث - على نحو سري - على محكَّمَيْن من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة.

١١ - يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز الشهرين.

١٢ - تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة.

١٣ - يراعى في أولوية النشر مايلي: أ - الأبحاث المعدَّة من قِبَل أعضاء هيئة التدريس بكلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة. ب - تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة. جـ - تنويع الأبحاث موضوعاً وأشخاصاً.

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة العدد

خلال مدة وجيزة لا تتجاوز ربع قرن من الزمان استطاعت دولة الإمارات العربية المتحدة، بقيادة رئيسها صاحب السمو الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان واخوانه حكام الإمارات، أن تقيم مؤسساتها الاتحادية، وأن تبني منظومتها التشريعية، على أحدث ما وصلت إليه الدول العريقة في نظمها المعاصرة في حياتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية .

ويكفي للإحاطة بحجم هذا الإنجاز الإشارة إلى التشريعات الاتحادية الرئيسية التي صدرت ودخلت حيز التنفيذ خلال هذه الفترة، كقانون العمل الاتحادي الصادر سنة ١٩٨٠، وقانون المحاماة الصادر سنة ١٩٨٠ ثم ١٩٩٠، وقانون الوكالات التجارية الصادر سنة ١٩٨١، وقانون التجارة البحرية الصادر سنة ١٩٨١، وقانون الشركات التجارية الصادر سنة ١٩٨٤، وقانون المعاملات المدنية الصادر سنة ١٩٨٥، وقانون العقوبات الصادر سنة ١٩٨٧، وقانون الإجراءات المدنية الصادر سنة ١٩٩٢، وقانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر سنة ١٩٩٢، وقانون حماية المصنفات الفكرية وحقوق المؤلف الصادر سنة ١٩٩٢، وقانون العلامات التجارية الصادر سنة ١٩٩٢، وقانون تنظيم وحماية الملكية الصناعية الصادر سنة ١٩٩٢، وقانون الإجراءات الجنائية الصادر سنة ١٩٩٢، وقانون المعاملات التجارية الصادر سنة ١٩٩٣.

ولاشك أن استكمال المنظومة التشريعية في الدولة على النحو السابق من شأنه أن يلقي على رجال الفقه مسئولية جسيمة في تعميق مفاهيمها وتحليل عناصرها ودراسة أبعادها التطبيقية . وهي مسئولية تتجاوز مثيلتها في العالم العربي ، في أبعادها وفي أهدافها على السواء ، بالنظر لتَميُّز التجربة الإماراتية من وجوه عدة ، **يتمثل أهمها فيما يلي :**

١ - أن دولة الإمارات العربية المتحدة هي أول دولة عربية تطبق مفهوم الدول الاتحادية. ومن ثم فالباحث في المنظومة التشريعية الإماراتية لا يجد أمامه مرجعية فقهية عربية يستند عليها، وعليه من ثم أن يبني بنفسه مثل هذه المرجعية للأجيال القادمة في دولته بصفة

خاصة، وفي العالمين العربي والإسلامي بصفة عامة، مستلهماً الأهداف العليا للاتحاد ومستعيناً في الوقت نفسه بالتجارب العالمية في هذا المضمار .

ويزيد من هموم الباحث في هذا المجال ما قد يعانيه من تنازع بين المؤسسات الاتحادية والمؤسسات المحلية على الصلاحيات المختلفة، خاصة ما يتعلق منها بالشئون الاقتصادية، نتيجة لعدم الوعي حيناً، ولتعارض المصالح الصغيرة حيناً آخر، ولحداثة التجربة حيناً ثالثاً .

٢- أن المنظومة التشريعية في دولة الإمارات العربية المتحدة قد استهدفت تحقيق المعادلة بين الأصالة والمعاصرة. ومن ثم فقد استمدت عناصرها من مصادر الشريعة الإسلامية والتشريعات المعاصرة في آن واحد، خلافاً لغيرها من الدول العربية التي انحازت إلى أحد النوعين من المصادر على حساب النوع الآخر. ولا يخفى ما يحتاجه صهر معطيات هذه المصادر - على ما هي عليه من تباعد زمني - من جهد مستمر، عماده الدراسة المتعمقة والمتأنية لمعطيات الفقهين الإسلامي والمعاصر .

والأمل معقود على رجال الشريعة والقانون ، من أساتذة كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة وخريجيها ، للانطلاق من القاعدة التشريعية الإماراتية نحو خلق فكر قانوني جديد يكون نواة لدولة عربية اتحادية كبرى تحقق آمال الأمة في الحفاظ على تراثها وتبوء مكانها اللائق بها في بناء الحضارة العالمية المعاصرة .

رئيس التحرير

عميد الكلية

أ.دكتور مصطفى الجمّال

البحـوث والدراســـــات

بسم الله الرحمن الرحيم

حماية العلامات التجارية

إعداد

د. حسين يوسف غنايم *

---

* أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد بقسم المعاملات، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

تمهيد وتقسيم

يعمد التجار غالباً في غمرة استهدافهم اجتذاب العملاء إلى ربط محلاتهم التجارية بأسماء وعناوين تجارية تُميّزها عن غيرها من المحلات التجارية، ولا يقف السعي وراء اجتذاب العملاء عند هذا الحد وإنما يتعدّاه لتمييز سلعهم ومنتجاتهم وخدماتهم بعلامات تُميّزها أيضاً عن سلع وخدمات الآخرين[1] باعتبار هذه العلامات من أهم وسائل التعريف بالسلع والخدمات.

وعلى ذلك، فإن العلامة التجارية تؤدي وظيفة مزدوجة: فهى وسيلة المنتج أو التاجر أو مقدّم الخدمة لتمييز المنتجات أو الخدمات التي يقدّمها عن منتجات وخدمات منافسيه من جهة، كما أنها وسيلة المستهلك للتعرف على السلعة أو الخدمة التي ينشدها بحيث لا يختلط عليه الأمر في تمييزها عن منتجات وخدمات الآخرين.

ووصولاً لتحقيق مزايا اقتصادية هامة تتجسد في انخفاض الأثمان وتحقيق جودة عالية للسلع والخدمات عملت الدول على تشجيع المنافسة بين المنتجين ومقدّمي الخدمات معترفةً للمنتج أو مقدّم الخدمة الذي يعمل على تحسين خدماته ومنتجاته بحيث تنال ثقة العملاء بالحق في الاستئثار باستعمال علامة تجارية تُميّز تلك المنتجات أو الخدمات ومقررةً في نفس الوقت الحؤول دون غيره واستعمال نفس العلامة أو علامة تجارية مشابهة أو مماثلة في تمييز منتجات أو خدمات مماثلة.

---

(١) أنظر أكثم الخولي، القانون التجاري، الجزء الأول (الأموال)، القاهرة، مطبعة نهضة مصر ١٩٦٤، ص٣٦٣.

ولكن الملاحظ أن التجار ومقدّمي الخدمات قد عمدوا لاستخدام وسائل غير سليمة[1] من شأنها التأثير على حرية الاختيار لدى جمهور المستهلكين والعمل على تضليلهم بالنسبة لمصدر المنتجات والخدمات التي تُميّزها العلامات التجارية من جهة وبالتالي الإضرار بمصالح المنتجين ومقدّمي الخدمات الأصلية من جهة أخرى.

ومن هنا كان لزاماً على المشرع في الدول المختلفة أن يضع تنظيماً لهذه المنافسة عن طريق فرض العقوبات والتدابير التحفظية على العابثين والطامعين في تحقيق الربح عن طريق استخدام أساليب الغش والخداع. ولم يقف الأمر عند حدّ الحماية التي وفّرتها التشريعات الوطنية بل تعدّاه إلى توفير حماية على النطاق الدولي بموجب اتفاقيات تخدم هذا الغرض.

والمدقق في حماية العلامات التجارية بموجب التشريع الوطني يجد أنها محكومة بقواعد قانونية قد تكون واردة في نطاق قوانين التجارة أو في نطاق قوانين أخرى ومكفولة بدعوى مدنية وأخرى جزائية وصولاً لجَبْر الضرر الذي يلحق بالمضرور ودرءاً للعدوان الذي يقع على علامته.

وعلى ذلك، فسنتناول الحماية القانونية للعلامات التجارية في مبحثين نكرس الأول منهما للحماية الداخلية لهذه العلامات بينما نخصص المبحث الثاني لحمايتها على النطاق الدولي.

---

(١) أنظر: ادوار عيد، الأعمال التجارية والتجار والمؤسسات التجارية بيروت ١٩٧١ ص ٨٢٦.

المبحث الأول

الحماية الداخلية للعلامات التجارية

وهي عبارة عن الحماية المقررة بموجب التشريعات الوطنية كما أسلفنا والتي كفلها المشرع بدعوى مدنية وأخرى جزائية.

وعلى ذلك، فسنتناول الحماية المدنية في مطلب أول ثم نكرس المطلب الثاني للحماية الجزائية، وستتمحور دراستنا حول ما يجري عليه العمل في دولة الامارات العربية المتحدة بصورة رئيسية مع الاشارة لما يجري عليه العمل في مصر خاصة والدول العربية والأجنبية بصفة عامة، وذلك مع ملاحظة أن حداثة عهد التنظيم التشريعي للعلامات التجارية في دولة الامارات العربية المتحدة قد عكس قلة الأحكام القضائية التي تناولت حمايتها. والله نسأل أن يُلهمنا التوفيق فيما نحن ذاهبون إليه.

المطلب الأول

الحماية المدنية للعلامة التجارية

عرفنا أن مالك العلامة التجارية يُعتبر ذا حقٍ استئثاري عليها، فهو وحده المخوّل باستعمالها في تمييز المنتجات أو الخدمات المقررة لها، فإذا عمد أحد الأشخاص إلى تقليدها أو تزويرها أو استعمالها في تمييز منتجات أو خدمات مماثلة، فإن ذلك يشكل اعتداءً على حق صاحب العلامة يؤدي للإضرار به من جرّاء ضعف الثقة في البضاعة أو الخدمة التي تميزها العلامة، الأمر الذي يخوّله الحق في إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة، وذلك استناداً لنص المادة (٢٨٢) من قانون المعاملات

المدنية الاماراتي التي تقضي بأن "كل إضرار بالغير يُلزم فاعله، ولو غير مميّز بضمان الضرر"[١].

وقد أكدت هذه القاعدة المادة (٦٦) من قانون المعاملات التجارية الاماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م إذ قضت بأنه "لا يجوز للتاجر أن يلجأ إلى طرق التدليس والغش في تصريف بضاعته أو أن يذيع أو ينشر بيانات كاذبة من شأنها الإضرار بمصلحة تاجر آخر ينافسه وإلا كان مسئولاً عن التعويض".

ثم جاءت المادة (٤٠) من قانون العلامات التجارية الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢م لتكرّس هذا المبدأ فتقضي بأنه يجوز لكل من أصابه ضرر نتيجةً لأيٍ من الأفعال المنصوص عليها في المادتين (٣٧) و (٣٨) من هذا القانون[٢] أن يرفع دعوى أمام المحكمة المدنية المختصة لمطالبة المسؤول عن الفعل بتعويض مناسب عمّا لحقه من ضرر.

وهكذا فإن الحماية المدنية للعلامات التجارية مكفولة بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة؛ ودراسة هذه الدعوى تستلزم التعريف بها وبيان أساسها القانوني والوقوف على شروط مباشرتها وهو ما سنتناوله في فرعين مستقلين،

(١) تقابلها المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري التي تقضي بأن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يُلزم من ارتكبه بالتعويض" وكذلك المواد ١٣٨٢ و١٣٨٣ مدني فرنسي و٢٥٦ مدني أردني و٢٢٧ مدني كويتي.

(٢) الأفعال المنصوص عليها في المادتين المذكورتين تشمل تزوير العلامة وتقليدها واستعمال علامة مزورة أو مقلدة بسوء قصد، واستعمال علامة مسجلة مملوكة للغير بدون حق، ووضع علامة تجارية مسجلة مملوكة للغير على المنتجات بسوء قصد والبيع أو العرض للبيع أو للتداول أو الحيازة بقصد البيع لمنتجات عليها علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مستعملة بغير حق مع العلم بذلك، واستعمال علامة غير قابلة للتسجيل، والتدوين -بغير حق- على العلامة أو الأوراق التجارية لبيان يؤدي إلى الاعتقاد بحصول التسجيل.

ثم نُتبعهما بفرع ثالث نخصصه لدراسة أهمية الحماية المدنية للعلامات التجارية.

الفرع الأول
التعريف بالمنافسة غير المشروعة وأساسها القانوني

مما لا شك فيه أن المنافسة بحد ذاتها لا تعتبر عملا غير مشروع بل إنها أمر مرغوب فيه ينسجم مع طبيعة العمل التجاري وإليه يعزى الفضل في إزدهار المشروعات وتقدمها بما له من قدرة خلاقة تحفز على الإبداع والإبتكار مما يعود على العمل التجاري والصناعي بأفضل النتائج[1]، وهذا ما حدا بالبعض إلى القول "إن المنافسة هي قانون التجارة"[2].

ولكن إذا إنحرفت المنافسة عن الطريق السليم بخروجها عن إطار المشروعية وإستخدام المنافس لطرق ووسائل منافية للقانون أو العادات أو شرف التعامل[3]، فإنها تغدو غير مشروعة مما يخوّل المضار إجبار المعتدي على الكف عن أعماله فضلاً عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار حيث من المعلوم أن المسؤولية عن الضرر تعتبر

(١) أنظر: Tim Frazer monopoly, Competition and the Law, second edition, Great Britian, 1992, p. 6

(٢) يُنسب ذلك إلى روبلو.
أنظر مؤلفه: الوسيط في القانون التجاري، طبعة ١٠، ج ١. ١٩٨٠ ص٢٩٢، أشار لذلك، شكري أحمد السباعي في كتابه الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ج ٣، مكتبة المعارف، الرباط ١٩٨٦ ص٣٤٣.

(٣) قضت محكمة النقض المصرية بأنه يُعدّ تجاوزاً لحدود المنافسة المشروعة إرتكاب أعمال مخالفة للقانون والعادات أو إستخدام وسائل مخالفة لمبادىء الشرف والأمانة في المعاملات.
أنظر: مجموعة أحكام النقض جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ السنة العاشرة رقم ٧٧ ص٥٠٥.

من النظام العام بحيث يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية عن الفعل الضار.

وإنسجاما مع ما سبق، فقد عرف أستاذنا مصطفى كمال طه المنافسة غير المشروعة بأنها إستخدام التاجر لطرق منافية للقوانين أو العادات أو الشرف[1]. وعرفها البعض بأنها عبارة عن إلحاق الضرر بتجارة الغير وإنتاجه عن طريق ترويج تجارة وإنتاج الآخرين بطريق الغش حيث يتم خداع المشتري أو المستهلك حتى يلتبس عليه الأمر ويعرض عن السلع الأصلية[2].

ومهما يكن من أمر فلا بد من التأكيد على أن المنافسة غير المشروعة Concurrencé déloyale تختلف عن المنافسة الممنوعة[3] Concurrence interdite حيث أن الأخيرة تعني حظر القيام بنشاط معين إما بمقتضى نص في القانون وإما بمقتضى الاتفاق بين المتعاقدين، في حين لا تمنع الأولى من ممارسة النشاط بحد ذاته وإنما ينصب الحظر على إستخدام أعمال وأساليب غير سليمة من أجل التأثير على العملاء وإجتذابهم. ومن هنا ذهب البعض إلى أن المنافسة غير المشروعة تعتبر بمثابة إساءة إستعمال الحق في ممارسة النشاط الذي يكون القيام به جائزاً لو إتُّبعت في

(١) أنظر مصطفى طه، مبادىء القانون التجاري، مؤسسة الثقافة الجامعية، الأسكندرية ١٩٧٩ رقم ١٩٥ ص١٧٦. وقد عرفتها المادة ٣٣ من القانون النموذجي للدول العربية بشأن العلامات والأسماء والبيانات التجارية وأعمال المنافسة غير المشروعة على النحو التالي "يعتبر غير مشروع كل عمل من أعمال المنافسة يتنافي مع العادات الشريفة في المعاملات الصناعية والتجارية".

(٢) أنظر: أحمد سويلم العمري، حقوق الإنتاج الذهني، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر القاهرة ١٩٦٧ ص١٠٦.

(٣) أنظر: إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المؤسسة التجارية، ج ١ بيروت ١٩٨٥ ص١١١؛ وأنظر: على يونس، القانون التجاري ١٩٧٩ رقم ٢٨٠ ص٣٥٢.

ذلك الأساليب السليمة التي إستقر عليها العمل في مجال التجارة[1].

وخلافاً لما سبق فقد ذهب رأي إلى إعتبار الأفعال المخالفة للقانون والمخالفة للإتفاقات الخاصة من قبيل أفعال التنافس غير المشروع[2]، مشيراً في هذا الصدد إلى أن إذاعة وقائع مختلقة أو إدّعاءات كاذبة (م ٤٣٥ عقوبات أردني) تُعتبر من قبيل التنافس غير المشروع الذي يخول صاحبه إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة.

ونرى بهذا الصدد أن لجوء المنافس إلى إذاعة وقائع مختلفة أو إدّعاءات كاذبة (أو غير ذلك مما تُجرّمه نصوص قوانين العقوبات) أو مخالفة ذلك المنافس لإتفاق خاص سبق له إبرامه مع منافس آخر لا يعتبر من قبيل أعمال المنافسة غير المشروعة، وإنما يُعتبر من قبيل أعمال المنافسة الممنوعة بنص القانون أو بالإتفاق حسب الأحوال، الأمر الذي يؤدي لقيام المسؤولية الجنائية أو العقدية، في حين أن المستقر فقها وقضاء أن دعوى المنافسة غير المشروعة توسس على أحكام المسؤولية التقصيرية كما هي مقررة في القواعد العامة وكما سيأتي بعد حين.

والواقع أن المنافسة الممنوعة بنص القانون تختلف عن المنافسة غير المشروعة من حيث الأساس ، فأساس منع الفعل في الأولى هو نص القانون الذي يحرم التزاحم بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة وسواء كانت مشروعة أو غير مشروعة؛ أما المنع في الثانية فلا ينصب إلا على إستخدام الوسيلة غير المشروعة، فإن إنتفت تلك الوسيلة أصبحت المنافسة مشروعة وجائزة. هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن القضاء يحكم مبدئيا في دعاوي المنافسة غير المشروعة بالتعويض ووقف أعمال المنافسة تفاديا لإستمرار الضرر مستقبلا، أما الأحكام الصادرة في دعاوي المنافسة

---

(١) أنظر فيما بعد صفحة ١٢.

(٢) أنظر: محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، طبعة ٢ عمان ١٩٨٥ رقم ٢٣٧ ص٢٢١ وما بعدها.

المنوعة فقد تتجاوز ذلك إلى إغلاق المتجر[1].

الأساس القانوني للدعوى :

على الرغم من أن دعوى المنافسة غير المشروعة تجد سندها حاليا في نصوص قانونية على النحو المشار إليه[2]، إلا أن تاريخ القانون يدل على أنها كانت مستندة في الماضي إلى الأمانة والأخلاق، فطبقا لمبدأ المسئولية العام في القانون الألماني الصادر سنة ١٩١٩م فإن "كل من يباشر في تجارته -بقصد المنافسة- أفعالاً مخالفة للأمانة توقف أعماله ويُسأل عن التعويض". كما أسس الفقه السويسري فكرة المنافسة غير المشروعة قبل سنة ١٩٤٣م على المواد (١١ و١٤ و٤٨) من قانون الإلتزامات ولم يعمد لوسمها بعدم المشروعية illicite وإنما إكتفى بالتأكيد على منافاتها للأخلاق Contraire aux morales.

ثم ما لبث القضاء أن رد الأساس الذي تستند إليه دعوى المنافسة غير المشروعة إلى القواعد العامة في باب المسؤولية التقصيرية على إعتبار أن العمل غير المشروع يكون خطأ يلزم من إرتكبه بتعويض الضرر الناجم عنه[3]، إلا أن ذلك لم

(١) أنظر: شكري أحمد السماعي، المرجع السابق ص٣٦٦.

(٢) أنظر ما سبق ص٤ و ص٥ علما بأن بعض الدول كألمانيا وإيطاليا والعراق وضعت لهذه المنافسة ما يمكن إعتباره نظاما قانونيا خاصا يحدد الأفعال التي تشكل منافسة غير مشروعة ويرتب الجزاءات المدنية والجنائية الزاجرة لها؛ أنظر في تفصيل ذلك شكري السباعي المرجع السابق ص٣٤٩.

(٣) أنظر حكم محكمة النقض المصرية في ١٤ يونية ١٩٥٦ حيث ورد فيه "إن الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة لا تخرج عن أن تكون دعوى مسؤولية عادية أساسها الفعل الضار، فيحق لكل من أصابه ضرر من فعل المنافسة غير المشروعة أن يرفع الدعوى بطلب تعويض ما أصابه من ضرر من جرائها على كل من شارك في إحداث هذا الضرر متى توفرت شروط تلك الدعوى وهي الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر". مشار إليه في المحاماة ، العدد السابع، السنة السابعة والثلاثون، مارس ١٩٥٧ رقم ٣٥٤ ص٧٩٧.

يلق قبولا لدى البعض من منطلق أن المسؤولية التقصيرية تستهدف تعويض الضرر فحسب، في حين أن دعوى المنافسة غير المشروعة تتجاوز هدف التعويض النقدي إلى توقيع جزاءات أخرى مثل غلق المحل التجاري[1] أو الأمر بإتخاذ الإجراءات اللازمة للكف عن أعمال المنافسة في المستقبل، كما لو قضت المحكمة بغرامة تهديدية عن كل يوم يستمر فيه الإعتداء على العلامة التجارية. وعليه، فإن دعوى المنافسة غير المشروعة لا تكون مجرد وسيلة لجبر الضرر كما هو الحال في دعوى المسؤولية التقصيرية وإنما لها فضلا عن ذلك وظيفة وقائية بالنسبة للمستقبل[2]. وإنطلاقا من ذلك ذهب رأي إلى أن المقصود من دعوى المنافسة غير المشروعة تأكيد حق التاجر على محله التجاري وحمايته من الإعتداء الذي وقع عليه في الماضي أو الإعتداء الذي قد يقع عليه مستقبلا، فبذا تكون أقرب إلى الدعاوي العينية كوضع اليد action possessoire أو دعوى الإستحقاق en revendication action منها إلى دعوى المسؤولية المدنية[3].

وغني عن القول إنه يصعب التسليم بالرأي الأخير الذي يجعل من تحويلالعملاء الناتج عن فعل المنافسة ضررا لاحقا بحق الملكية. صحيح أن عنصر الإتصال بالعملاء يعتبر من عناصر المحل التجاري التي يأخذها المشتري بعين الإعتبار عند تقدير ثمنه، إلا أن الملكية المعترف بها عند بيع المحل للمشتري لا تمنح هذا

(١) أنظر: محسن شفيق، الوجيز في القانون التجاري ج ١ طبعة ١٩٧١ رقم ٣٠١ و ٣٠٣.

(٢) أنظر: على يونس، المرجع السابق رقم ٢٨٣ ص٣٥٧.

(٣) ينسب ذلك إلى ريبير حيث ذكر: Il ne faut pas considérer seulement cette action comme une forme de L'action en responsabilité delictuelle. C'est une véritable action réelle destiuée a la defense de La propriéte du fonds.

أشار لذلك، على يونس، المرجع السابق، رقم ٢٨٣ هامش رقم ٢ ص٣٥٧.

المشتري حقا على حجمهم عند البيع إذ أن هذا الحجم معرض للزيادة والنقصان مستقبلا[1].

وفي رأي للعلامة جواسران[2] أن دعوى المنافسة غير المشروعة تعتبر إحدى تطبيقات نظرية التعسف في إستعمال الحق على إعتبار أن التاجر يملك الحق في القيام بأعمال المنافسة طالما كان ملتزما بحدودها المشروعة، الأمر الذي يجعل من إنحرافه عن تلك الحدود إساءة لإستعمال حقه. ولكن يعاب على هذا الرأي أن التاجر الذي يقوم بأعمال المنافسة غير المشروعة متوافر لديه في الأغلب الأعم قصد الإضرار بمنافسة في حين تفتقر لذلك حالة إساءة إستعمال الحق.

ومهما يكن من أمر الخلاف حول الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة فإن القضاء يؤسس هذه الدعوى على أحكام المسؤولية التقصيرية كما هي مقررة في القواعد العامة والتي تقضي بأن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض إذ أن عدم مشروعية المنافسة تعد خطأ يلحق ضررا يجب التعويض عنه[3].

(١) أنظر: Louis Mermillod , Essai sur la notion de concurrence loyale , libraire générale de droit et de jurisprudence, p. 143.

(٢) ينسب ذلك إلى جوسران في مؤلفه: Jesserand , De L'esprit des droits et de leur relativité.
أشار لذلك، علي يونس، المرجع السابق، رقم ٢٨٣ ص٣٥٧.

(٣) أنظر: مصطفى كمال طه، المرجع السابق رقم ١٩٣ ص ١٧٥؛ وإنظر: على يونس، المرجع السابق رقم ٢٨٣ ص٣٥٧؛ وأنظر: سميحة القليوبي، القانون التجاري، دار النهضة العربية ١٩٧٥- ١٩٧٦ رقم ٥٦٩ ص٤٤١.
وأنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق ص١١٢.

الفرع الثاني

شروط مباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة

طالما أن هذه الدعوى تستند إلى نفس الأساس الذي تقوم عليه دعوى المسؤولية التقصيرية فإن شروط مباشرة الدعويين واحدة، وذلك مع مراعاة أن لهذه الشروط أوضاعا خاصة في الحياة التجارية.

وعليه، فإن شروط مباشرة دعوى المنافسة غير المشروعة هي الخطأ والضرر ورابطة السببية، وسنتناول كلا من هذه الشروط بمزيد من التفصيل:

أولاً: الخطأ:

ويتجلي الخطأ في هذه الدعوى في صورة التنافس غير المشروع، الأمر الذي يستوجب قيام حالة المنافسة من جهة ومباشرة أعمال منافسة غير مشروعة من جهة أخرى، مما يستدعي إلقاء مزيد من الضوء على كل منهما:

أ- قيام حالة المنافسة:

مما لا شك فيه أننا نكون إزاء حالة منافسة بين مرتكب الفعل والمضرور إذا توافرت الشروط التالية:

١) تبوء المتنافسين مراكز قانونية واحدة أو اتصافهما بصفات متماثلة: بمعنى أن يكون كل منهما تاجرا مثلا، فلا وجود للمنافسة إذا عمد شخص غير تاجر إلى إستخدام وسائل غير مألوفة في العرف التجاري وصولا لتصريف سلعة سبق له شراؤها لأن أثر فعله لا يتكرر إلا نادرا، ولأن من قام بالفعل لا يستهدف إعتماد ممارسة مستمرة للإتصال بالعملاء، وبإختصار لأنه لا يتصف بالصفة القانونية التي يتصف

بها الطرف الآخر[1]. فالمنافسة إنما تكون بين طرفين إعترف القانون لكل منهما بممارسة نفس النشاط ثم تجاوز أحدهما الحدود المرسومة بإعتماد وسيلة غير مشروعة.

٢) تماثل النشاط الذي يمارسه المتنافسان أو تشابهه على الأقل: فمن المتعذر القول بوجود منافسة إلا بين أطراف تعرض على الجمهور منتجات أو خدمات متماثلة أو متشابهة على الأقل حيث عندها فقط يمكن قيام خلط في ذهن الجمهور يؤدي للتغرير به وإستغنائه بإحدى التجارتين عن الأخرى، كما يمكن تحويل بعض العملاء عن التعامل بسلعة معينة إلى سلعة أخرى.

ولكن لا يشترط هنا أن يكون النشاطان متطابقين بل يكفي أن يكونا متقاربين بحيث يكون لأحدهما تأثير في عملاء الآخر، كما لو وجد تاجر يملك مصنعا لإنتاج سلعة معينة وتاجر آخر يملك محلا للإتجار بها[2].

أما إذا كان التاجران يباشران نشاطين مبنتي الصلة ببعضهما البعض، وأضر أحدهما بالآخر فإن ذلك يعتبر ضررا عاديا خارجا عن نطاق المنافسة التي تعنينا وإن كان يوجب المسؤولية طبقا للقواعد العامة[3].

٣) إستهداف النشاط تحقيق ربح: فالمتنافس يلجأ لوسائل غير مألوفة في العرف التجاري يهدف إجتذاب عملاء منافسة، وبالتالي تحقيق رقم مبيعات أكبر وزيادة الأرباح وعليه، فإننا لا نكون إزاء منافسة إذا لم يستهدف النشاط تحقيق الربح، كما هو الحال بالنسبة للجمعيات التعاونية التي تنشأ لرعاية مصالح الأعضاء دون إستهداف أي غرض مادي.

---

(١) أنظر: محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق رقم ٢٣٧ ص٢١٧.

(٢) أنظر: علي يونس، المرجع السابق رقم ٢٨٦ ص٣٥٩.

(٣) أنظر: سميحة القليوبي، القانون التجاري، ج١ دار النهضة العربية ١٩٧٨رقم ٣٥٦ ص٢٨٨.

٤) كون النشاط تجاريا أو صناعيا: فلا محل للمنافسة غير المشروعة في المهن الحرة مثلا، وإنما يقتصر مجالها على الأنشطة التجارية والصناعية. أما الإشتغال بالمهن الحرة فيخضع لشروط خاصة يعتبر الإخلال بها من قبيل الممارسة غير القانونية، الأمر الذي يقتضي تطبيق جزاءات تأديبية على المخالف دون أن يعتبر عمله منافسة غير مشروعة. وإذا أدى الإخلال بواجبات المهنة إلى إلحاق ضرر بالغير حكم على المخالف بالتعويض تطبيقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية(١).

ب- مباشرة أعمال منافسة غير مشروعة:

إذا قامت حالة المنافسة على النحو السابق فلا بد لتوافر الخطأ من مباشرة المنافس لفعل من الأفعال التي إستقر العمل على إعتبارها من قبيل المنافسة غير المشروعة ؛ وهي بصفة عامة أفعال تنطوي على الإخلال بالنزاهة والشرف والاستقامة التي تشكل دعامة الحياة التجارية.

وواقع الأمر أن أعمال المنافسة غير المشروعة متنوعة ومتعددة وتستعصي على الحصر حيث يتعذر التنبوء بما يستجد منها مستقبلا. ويحاول الفقه ردها إلى مجموعات ثلاث هي(٢):

---

(١) أنظر: على يونس، المرجع السابق رقم ٢٨٢ ص٣٥٥.

(٢) أنظر: مصطفى طه، المرجع السابق ص١٧٧ وما بعدها. وقريب من التصنيف الذي أورده الأستاذ الدكتور/مصطفى طه ما أورده المشرع الايطالي في المادة ٢٥٩٨ من القانون المدني لسنة ١٩٤٢ حيث صنفها في مجموعات ثلاث هي اثارة الخلط والإلتباس، والتشهير أو التجريح، واستعمال الصفات الذاتية لمنتوج أو مقاولة منافسة، ثم أورد قاعدة عامة مقتضاها أنه يعد مرتكبا لمنافسة غير مشروعة كل من يستخدم بطريقة مباشرة وغير مباشرة وسائل لا تتوافق مع مبادىء الإستقامة المهنية ويكون من طبيعتها أن تحدث الضرر بمقاولة الغير.

١) أعمال من شأنها إحداث اللبس والخلط بين المنشآت والمنتجات وإجتذاب عملاء تاجر آخر منافس. ومن أمثلة ذلك تقليد العلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية وتقليد الإعلانات والدعاية التي يقوم بها منافس ووضع بيانات غير صحيحة على المنتجات.

ونشير بهذا الصدد إلى حكم من أحكام محكمة النقض المصرية[١] يتعلق بعلامة تجارية إعتبرت المحكمة الإعتداء عليها من قبيل المنافسة غير المشروعة؛ فقد ورد في ذلك الحكم:

"وحيث أن ما ينعاه الطاعن في السبب الأول في محله، ذلك أن الطاعن أقام الدعوى إبتداء وأسسها على سببين: أولهما إدعاء تقليد العلامة التجارية للمستحضر الذيتنتجه شركة Cole chemical باسم Calscorbate والآخر الإدعاء بمنافسة المطعون عليها له منافسة غير مشروعة قوامها أنه بعد أن إستورد الطاعن المستحضر الأمريكي المذكور وهيأ له وسائل الدعاية، وبعد أن ذاع إنتشار هذا المستحضر في السوق المصرية عمدت المطعون عليها إلى استيراد المستحضر الفرنسي المسمى Calscorbate الذي يشبه في الإسم إسم المستحضر الأمريكي، وعرضه للبيع في السوق المصرية مما كان من شأنه أن يوقع اللبس عند جمهور المستهلكين، ويترتب على عرض البيع نقص المبيع من المستحضر الأمريكي الذي إنفرد هو بإستيراده وبيعه".

٢) إدعاءات غير مطابقة للحقيقة من شأنها الحط من قدر المحل التجاري أو قدر السلع التي يتجر بها كالطعن في شخص المنافس وتشويه سمعته التجارية أو

(١) نقض ١٤ يونية ١٩٥٦، مشار إليه في مجلة المحاماة، العدد السابع، السنة السابعة والثلاثون، مارس ١٩٥٧ رقم ٣٥٤ ص٧٩٦.

الحط من قيمة منتجاته. كما لو أشاع التاجر أن منافسة على وشك الإفلاس أو أنه يبيع منتجات غير صالحة للإستعمال أو مغشوشة.

٣) أعمال من شأنها إحداث الاضطراب في مشروع منافس والإعتداء على نظامه الداخلي وصولا لإعاقته عن الإستمرار في العمل في نفس المستوى أو من أجل كشف الأسرار التي يحرص التاجر أو المنتج على الإحتفاظ بها كتحريض العمال على الإضراب أو ترك العمل، أو إستخدام عامل كان يشتغل لدى شخص منافس للوقوف على سر أعماله.

الخطأ وسوء النية:

حينما كان القضاء يذهب إلى إسناد دعوى المنافسة غير المشروعة لأساس أخلاقي كان يستلزم للإدانة توافر سوء النية وقصد الإضرار. ومن هنا فقد درجت أحكامه أول الأمر على أنه لا محل لاعتبار العمل من قبيل المنافسة غير المشروعة ما لم يكن القائم به سيء النية وذلك تأسيسا على أن الغاية من المنافسة إحراز التفوق ولو على حساب المنافس الآخر وهو ما ينطوي على قصد الإضرار[١]. وسيرا مع هذا التوجه ذهب أحد الأحكام في فرنسا إلى أنه على الرغم من كون "توزيع نشرات أمام باب منافس يعتبر وسيلة غير سليمة للنشر إلا إنها لا تشكل مع ذلك منافسة غير مشروعة لعدم ثبوت سوء النية"[٢].

وعلى ذلك، فقد كان من المتعين على المضرور إثبات سوء النية لدى منافسه والا خسر دعواه، علما بأن مفهوم سوء النية كان مطابقا لمجرد العلم بالضرر الحاصل؛

---

(١) نقض فرنسي ٦ أبريل ١٩٠٠، D.١٩٥٠-١-٢٤٠.

(٢) حكم مشار إليه في Louis Mermillod المرجع السابق ص١١٢.

ثم ما لبث أن تطور هذا المفهوم ليعني قصد الإضرار لا مجرد العلم بالضرر[1].

غير أن القضاء عدل عن موقفه السابق ، وحجته في ذلك أن دعوى المنافسة غير المشروعة تستند إلى قواعد المسؤولية المدنية[2]؛ فإذا نتجت المنافسة عن الإخلال بإلتزام عقدي فإن أحكام المسؤولية العقدية هي التي تسري، وإذا نتجت عن الفعل الضار دون إخلال بإلتزام عقدي سرت أحكام المسؤولية التقصيرية؛ وفي كلتا الحالتين تترتب المسؤولية كنتيجة لوقوع الخطأ بغض النظر عما إذا كان ذلك الخطأ متعمدا يكشف عن سوء نية فاعله أو كان مجرد إهمال أو جهل بحقيقة نشاط المنافس وذلك تأسيسا على أن الإضرار بالغير أمر حتمي وملازم لأفعال المنافسة مشروعة كانت أم غير مشروعة[3]. وطالما أن هذه الدعوى تستند إلى ذات الأساس الذي تستند إليه دعوى المسؤولية المدنية بصفة عامة[4].

وهكذا فقد إستقر العمل على أنه يكفي أن يكون المنافس منحرفا عن مبادىء الإستقامة التجارية والأمانة حتى تقوم مسؤوليته وفقا لأحكام المنافسة غير المشروعة حتي لو كان حسن النية. صحيح أن إتيان هذه الأعمال يكشف في الغالب عن سوء قصد من يأتيها إلا أنه لا أهمية لذلك في تطبيق الجزاء الذي يترتب عليه متى ثبت أن العمل من أعمال المنافسة غير المشروعة[5].

(١) أنظر: محمد حسين اسماعيل، المرجع السابق رقم ٢٣٨ ص٢٢١.

(٢) Seine ١٠ نوفمبر ١٩٥٥ ، J.C.P. ١٩٥٦ - ٢ - ٩٥٤.

(٣) أنظر: أكثم الخولي، المرجع السابق ص ٣٨٣.

(٤) إستئناف مختلط ، أول يونية ١٩٢٧ ،B ٣٩ -٥١٨ ؛ ٢٥ مارس ١٩٢٥ ، B. ٣٧ -٣٠٤ .

(٥) أنظر: على يونس، المرجع السابق رقم ٢٩٢ ص٣٦٦.

ثانياً: الضـرر:

يعتـبر الضرر شرطـا لازمـا لنجاح دعـوى المسؤولية المدنيـة والحكـم بالتـعويض، وحيث أن السائد فـقهـا وقضـاء أن دعوى المنافسة غـيـر المشروعة تقوم على نفس الأساس الذي تستند إليـه دعـوى المسؤولية المدنية فقد درجت أحكام القضاء على أنـه لا مسؤوليـة على من إرتكـب فعـل منافسة غير مشروعة ما لم يؤد فعلـه إلى إلحاق الضرر بمنافسه. غيـر أن هذه الأحكام لا تستلزم أن يكون الضرر ماديا أي منصبا على فقدان العمـلاء ونقص الأربـاح أو حالا وإنما تقضي بالتعويـض حتى لو كان الضرر معنويا أي منصبا على سمعة التاجر أو مستقبلا.

ومع ذلك، فإن الضرر الموجب للتعويض هو الضرر المحقق الوقوع أي الضـرر الذي وقع فعلا أو سيـقع حتمـا، وهو مـا يسمى بالضرر المستـقبل Prejudice Future [1]. أما الضرر الإحتمـالي، أي الضرر غيـر المحقق فلا يكون التعـويض عنه واجبا إلا إذا وقع فعلا. فـقـد ورد في حكم لمحكمـة النقض المصرية في هذا السيـاق "حيث أن الطاعنين ينعـون على الحكم المطعـون فـيـه بالسبب الرابع قـصـور التـسبيب وفـسـاد الاستدلال إذ لم يتحرّ تحقق الضرر الذي قضى تعويضه فبنى قضاءه على مجرد ضرر إحتمالي، وكان يتعين عليـه بحث نشاط منشأة المطعون عليـه قبل خروج العمال منها وبعد خروجهم، وذلك للتحقق من حصول الضرر ومقداره.

وحـيـث أن هذا النعي مـردود بما أورده الحكم المطعـون فـيـه من أن من بين من

---

(١) قضت محكمة تمييز دبي في الطعنين رقمي ٢٠٤ و ٢٠٧ لسنة ١٩٩٠ حقوق بضرورة أن يكون الضرر المستحق التعويض محقق الوقوع في الحال أو الاستقبال، مشار إليه في مجلة القضاء والتشريع العدد الثاني يناير ١٩٩٣ ص٧٣. وأنظر أيضا: Cour d'appel de paris 14 nov . 19969 , Cass . com . 16 nov . 1949 bull civ , III , no 359 , p . 1098 .

أغروا العمال على ترك خدمة المطعون عليه من توافرت فيه الكفاية الفنية وخبرة سنوات طويلة قضاها في خدمته وأدت إلى رواج حركته وشيوع شهرته في المحيط التجاري. وعلى ذلك يكون غير صحيح ما نعى به الطاعنون من أن الحكم أقام قضاءه على مجرد الضرر الإحتمالي"[1].

ونعاود التأكيد هنا بأن عدم الإعتداد بالضرر الإحتمالي إنما يكون قاصرا على التعويض فقط، إذ يمكن للمحكمة أن تتخذ إجراءات تقضي بمنع التنافس غير المشروع ومنع الضرر المستقبل كما لو إتضح لها أن من شأن العمل الذي قام به التاجر المنافس إحداث الخلط بين بضاعته وبين بضاعة مملوكه لمنافسة؛ ومن هنا فقد ذهب البعض إلى أنه يكفي أن يكون الضرر محتمل الوقوع[2] وتكرس ذلك في حكم لمحكمة إستئناف القاهرة[3] جاء فيه:

"وحيث أن المحكمة ترى خلافا لما ذهبت إليه محكمة أول درجة أن تشابه العلامتين من حيث الشكل والجرس السمعي لا يمكن أن يؤدي إلى الخلط واللبس اللذين تدعيهما المستأنف ضدها في مجال تجارة المسحوق المنظف اللازم لمصانع الطبع والصباغة لأنه من الجلي أن الذين يقتنون مثل هذه المنتجات هم من رجال الخبرة والفن" ثم استطرد الحكم يقول "يبين من ناحية أخرى أن الشركة المستأنف ضدها لم تقتصر على تسجيل علامتها فيما يتعلق بمواد الغسيل والتبييض والتنظيف وإزالة الدهون ومواد التجليخ المعدة للأغراض الإنتاجية بل سجلتها أيضا بالنسبة لمواد

---

(١) مجموعة أحكام النقض المدني المصري جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥ السنة العاشرة رقم ٧٧ ص٥٠٥.

(٢) أنظر: علي يونس، المرجع السابق رقم ٢٩٣ ص٣٦٧.

(٣) أنظر إستئناف القاهرة في ٢٩ فبراير ١٩٦٠، الدائرة الثامنة التجارية، مشار إليه في المحاماة ٤١ ص٦٨٥.

استهلاكية هي الصابون والروائح والزيوت العطرية ومواد التجميل والشامبو ومعجون الأسنان، وبديهي أن العلامتين متشابهتان في الكتابة والنطق على نحو قد يحمل الشخص العادي متوسط الإدراك من جمهور المستهلكين لهذه المواد الأخيرة أن يلتبس عليه الأمر فيقبل على المواد الإستهلاكية التي قد تنتجها المستأنفة بمظنة أنها من صنع المستأنف ضدها، وفي ذلك ما يلحق بالمستأنف ضدها ضررا من حقها أن تسعى لتلافيه. هذا ولا يشترط أن يكون الضرر محققا بل يكفي في مجال المنافسة غير المشروعة أن يكون إحتماليا".

وواقع الأمر أنه رغم تجاور دعوى المسؤولية المدنية ودعوى المنافسة غير المشروعة وإستنادهما لنفس الأساس إلا أن ثمة خيطا رفيعا يفصل بينهما ويتمحور، حول ما يتغيّاه المدعي، فالدعوى الأولى تستهدف تعويض الضرر فحسب، الأمر الذي يستوجب للحكم به أن يكون محققا بينما تستهدف الدعوى الثانية تعويض الضرر من جهة وحماية المحل التجاري أو العلامة التجارية من أعمال المنافسة غير المشروعة مستقبلا من جهة أخرى مما يجعل لها وظيفة وقائية إلى جانب جبر الضرر. فإذا إقتصر طلب المدعي على التعويض فلا بد للحكم به أن يكون محققا وبالقدر اللازم لجبر الضرر ، أما إذا كان طلبه منصباً على الحماية المستقبلة فيمكنه رفع الدعوى حتى ولو لم يكن هناك أي ضرر قد أصابه، وعندها قد يأمر القاضي بالكف عن أعمال المنافسة ومنع الضرر المستقبل من خلال الحكم بمبلغ نقدي عن كل يوم تأخير وفقا لنظام الغرامة التهديدية الذي أوجده القضاء بإعتباره وسيلة فعالة[1].

(١) أنظر: Ripert(6.) droit commescial , 7 th ed 1972 , no 469 P.263

وأنظر محمد حسين إسماعيل، المرجع السابق رقم ٢٤٦ ص ٢٣٠.

ثالثاً: رابطة السببية:

تقوم المسؤولية المدنية على أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر[1]. وحيث أن من المستقر فقها وقضاء أن دعوى المنافسة غير المشروعة تستند إلى نفس الأساس الذي تقوم عليه دعوى المسؤولية المدنية، لذا فإن من المتعين أن تقوم رابطة السببية بين فعل المنافسة غير المشروع والضرر الذي يلحق بالمدعى، بمعنى أن توجد علاقة مباشرة بين الخطأ الذي إرتكبه المنافس والضرر الذي يصيب المضرور. ويطبق ذلك على إطلاقه إذا كان هدف المدعي في دعوى المنافسة غير المشروعة الحصول على تعويض عن ضرر أصابه من جراء فعل المنافس، علما بأن إقامة الدليل على وجود المنافسة غير المشروعة لا تعتبر في حد ذاتها دليلا على إثبات مقدار الخسارة وتحقق الضرر، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية في هذا الصددأن إقامة البينة على وجود المنافسة بين المميز وبين أصحاب الباصات التي تسير على خط المحطة لا يؤدي إلى إثبات مقدار الخسارة المدعى بها[2].

أما إذا كان المدعي -في دعوى المنافسة غير المشروعة- لا يستهدف جبر ضرر لحق به فعلا وإنما يتغيا فقط حماية مصالحه المستقبلية عن طريق إلزام المنافس بالكف عن أعمال المنافسة غير المشروعة فلا مجال للحديث عن رابطة السببية إذ أن مجال ذلك هو الأحوال التي يلحق فيها بالمدعي ضرر من الأعمال غير المشروعة فحسب.

---

(١) أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (١) نظرية الإلتزام بوجه عام ، طبعة ٢ دار إحياء التراث العربي بيروت ١٩٧٣ رقم ٥٢٤ ص٨٧٨.

(٢) تمييز أردني رقم ١٣٩ مجلة النقابة ١٩٥٤ ص٨٤٧.

الفرع الثالث

أهمية الحماية المدنية للعلامة التجارية

تجدر الإشارة إلى أن مالك العلامة يتمتّع بالحماية المدنية سواءً كانت علامته مسجلة أو غير مسجلة[1]؛ وعليه فإن دعوى المنافسة غير المشروعة تبقى الخيار الوحيد لحماية العلامة غير المسجلة نظراً لأن الحماية الجزائية لا تتقرر إلا على العلامات المسجلة. ومما يُعزّز من مكانة هذه الحماية علاوةً على ما سبق ما يلي:

أ- أنه يجوز لمالك العلامة أن يرفع الدعوى المدنية، وذلك خلافاً للدعوى الجزائية، حتى قبل وقوع الضرر الفعلي، كما لو استهدف منع وقوع الضرر عن طريق رفع التشابه أو الخلط والالتباس بين علامته وغيرها من العلامات المشابهة. فدعوى المنافسة غير المشروعة إنما تستهدف منع وقوع الضرر والتعويض عن الضرر اللاحق فعلاً والحؤول دون استمرار الضرر.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه"لا يشترط أن يكون الضرر محققاً، بل يكفي في مجال المنافسة غير المشروعة أن يكون احتمالياً"[2].

---

(١) أنظر: الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء الأول، المؤسسة التجارية الطبعة الثانية بيروت ١٩٨٥ ص ٢٦٣. وأنظر: سميحة القليوبي، القانون التجاري، دار النهضة العربية ٧٥-١٩٧٦ رقم ٣٨٧ ص ٣١٦. وأنظر: فايز رضوان، مبادىء القانون التجاري، كلية شرطة دبي ٨٨-١٩٨٩ رقم ٣٢٤ ص٣٩٤.

(٢) حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة الثامنة التجارية بتاريخ ١٩٩٠/٢/٢٩ رقم ١٩٨ سنة ٧٦ ق. أشار لذلك عبد المعين لطفي جمعه، موسوعة القضاء في المواد التجارية، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر القاهرة ١٩٦٧ رقم ٦١٨ ص ٢٩٧.

ب- أنه يبقى من حق مالك العلامة أن يقيم هذه الدعوى حتى لو سبق ذلك الحكم بالبراءة في الدعوى الجزائية نظراً لعدم سبق تسجيل العلامة مثلاً، وحتى لو كانت الدعوى الجزائية المحكوم بالبراءة فيها عن نفس الأعمال؛ فطبقاً للمادة (٢٦٩) من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي فإنه "لا تكون للحكم الجزائي البات الصادر في موضوع الدعوى الجزائية بالبراءة حجية تلتزم بها المحاكم المدنية إذا كان مبنياً على أن الواقعة لا يُعاقب عليها القانون".

وتأكيداً للمبدأ السابق، قضت محكمة النقض المصرية "إن من المقرر أن الحكم بالبراءة في الدعوى الجنائية لا يحوز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة للدعوى المدنية، ذلك أن على المحكمة، وهى بصدد الفصل في طلب التعويض عن الضرر المُدّعى به أن تعرض لإثبات واقعة الجريمة، ولا يحول دون ذلك عدم إمكان الحكم -لأى سبب من الأسباب- بالعقوبة على المتهم ما دامت الدعويان الجنائية والمدنية قد رُفعتا معاً أمام المحكمة الجنائية، وما دام المدّعي بالحق المدني قد استمر في دعواه المدنية، ولأن أساس التعويض عن كل فعل ضار هو المادتان (١٥٠) و (١٥١) من القانون المدني، ولو كان الفعل الضار لا يكوّن جريمة بمقتضى قانون العقوبات"(١).

ومن جانب آخر، فإنه يجوز لمالك العلامة رفع هذه الدعوى أمام المحكمة الجزائية التي تنظر في إحدى الجرائم الواقعة على العلامة التجارية كما يجوز له رفعها بصورة مستقلة أمام المحكمة المدنية، حيث من المعلوم أنه إن نشأ عن فعلٍ واحد مسؤوليتان جزائية ومدنية فإن للمضرور أن يرفع دعواه لجَبْر الضرر الذي

---

(١) أنظر: نقض مصري جلسة ١٩٤٩/١٢/١٢ في الطعن رقم ١٢١٢ سنة ١٩ ق. المحاماة السنة الثلاثون ص٦٨٨.

أصابه أمام المحكمة المدنية المختصة أو أن يطالب بذلك تبعاً للدعوى الجنائية[1]. وقد أكدت ذلك أحكام المحكمة الاتحادية العليا في أبوظبي حيث ورد في أحد أحكامها "المستفاد من استقراء نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون اجراءات المحاكم الجنائية لسنة ١٩٧٠م الخاص بامارة أبوظبي أن المشرع كما منح المحاكم الجنائية ولاية الفصل في طلبات التعويض عن الضرر الناشيء مباشرةً عن الجريمة فقد منحها أيضاً ولاية الفصل في أى منازعة مدنية متصلة بالجريمة ولو لم تكن ناشئة مباشرةً عنها، بل ولو كانت تلك المنازعة بحسب الأصل من اختصاص المحاكم المدنية"[2]. كل ذلك مع مراعاة أن الدعوى المدنية المنظورة أمام المحكمة الجزائية تأخذ حكم الدعوى الجزائية في سير المحاكمة والأحكام والطعن فيها من حيث الاجراءات والمواعيد ولا تخضع في شيء من ذلك لأحكام قانون الاجراءات المدنية ولو انحصرت الخصومة في الاستئناف في الدعوى المدنية وحدها[3].

ج- أنه يجوز رفع الدعوى المدنية من قبل مالك العلامة ذاته كما يجوز رفعها من قبل غيره ممن لحقهم ضرر بسبب التزوير أو التقليد[4] كالتاجر الذي

---

(١) أنظر: حسين عامر، المسؤولية المدنية والتقصيرية والعقدية، القاهرة الطبعة الأولى ١٩٥٦ رقم ٦ ص٤.

(٢) أنظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن الجنائي رقم ١٣ السنة الثانية بتاريخ ١٩٨٢/٢/١٧ مشار إليه في موسوعة الامارات القانونية، المبادىء القانونية التي قررتها المحكمة الاتحادية العليا منذ انشائها، إعداد المحامين فاهم القاسمي ومحمود الشربيني، المطبعة لعصرية ومكتبتها الجزء الثاني ص٣٥٨.

(٣) أنظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا في أبوظبي، في الطعن رقم ١ للسنة الثالثة الصادر بتاريخ ١٩٨١/٢/١٩ مشار إليه في مجلة العدالة التي تصدر عن وزارة العدل في أبوظبي السنة العاشرة، العدد ٣٦ يوليو ١٩٨٣ ص١٠٣.

(٤) أنظر: سميحة القليوبي، الموجز في الملكية الصناعية والتجارية، القاهرة ١٩٦٨ ص ٢٩٨.

يسوّق المنتجات أو المستهلك أو الوكيل، في حين لا يجوز إقامة الدعوى الجزائية في مصر مثلاً إلا من قبل مالك العلامة أو من قبل النيابة العامة باعتبارها الأمينة على الدعوى العمومية، ولا يجوز إقامة الدعوى الأخيرة في دول أخرى كالكويت[1] والامارات إلا من قبل النيابة العامة، وسنلقي مزيداً من الضوء على هذه المسألة لدى تناول الحماية الجزائية للعلامة التجارية. ومن جانب آخر، فإن المدعى عليه في الدعوى الجزائية ينبغي أن يكون المقلد أو المزور أو مستعمل العلامة بدون حق أى مرتكب فعل الاعتداء على العلامة، بينما يُمكن أن يكون المدعى عليه في الدعوى المدنية أى شخص تسبّب أو شارك في إحداث الضرر.

د- إن التعويض في الدعوى المدنية يتقرّر بمجرد تحقق الضرر سواءً ثبت اتجاه نية مقلّد العلامة مثلاً إلى الإضرار بمالكها أو لم يثبت ذلك حيث أنها دعوى مدنية تستند إلى الخطأ سواءً كان عمدياً أو غير عمدي[2]. فقصد الإضرار لدى المنافس كان مستلزماً عندما كانت هذه الدعوى مستندة إلى أساس أخلاقي بحيث كان يُطلق عليها تسمية دعوى المنافسة غير الشريفة déloyale فبذا كان المضرور يخسر دعواه

---

(١) أنظر: حكم المحكمة الكلية الكويتية -الدائرة الجزائية- في القضيةرقم ٨٦/٧٠٩ جلسة ١٩٨٦/١٠/١٨ المتعلقة بالنزاع حول العلامة التجارية لمنتجات مولينكس واختلاطها بعلامة خلاطات تحمل اسم مامولكس حيث عمد وكيل صاحب العلامة الأصلية إلى إبلاغ النيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية. حكم غير منشور مشار إليه في كتاب "النظام القانوني للعلامات التجارية" يعقوب صرخوه، الكويت ١٩٩٢-١٩٩٣ مطبوعات جامعة الكويت رقم ٨٢ هامش ص ١٨٨، وفي سوريا يُشترط أن يكون المدعى -سواءً كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً- متمتعاً بالصفة التجارية إذ لا يتسنى للمرء حق المداعاة ما لم يكن مقيّداً في السجل التجاري، أنظر نقض سوري قرار جنحة رقم ٢٢١٢ في ١٩٧٤/١١/١١ مشار إليه في مجلة "المحامون" العدد الأول سنة ١٩٧٥م.

(٢) أنظر: سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ رقم ١٩٣ ص٣٠٣.

إن لم يستطع إثبات سوء النية لدى منافسه؛ أما الآن فيُعتبر الإضرار بالغير أمراً حتمياً وملازماً لأفعال التنافس سواءً كانت الأفعال الأخيرة مشروعة أو غير مشروعة، وعليه فإنه يُكتفى بوقوع الخطأ -عمدياً كان أو غير عمدي- بمعنى أنه يكفي أن يكون مبعث الخطأ الإهمال أو الجهل بنشاط المنافس[1].

المطلب الثاني

الحماية الجزائية للعلامة التجارية

وهى حماية مقررة على العلامات المسجلة كما أسلفنا، الأمر الذي يُظهر بجلاء أهمية تسجيل العلامات التجارية، حيث أنه وإن لم يكن التسجيل قرينة قاطعة على اكتساب ملكية العلامة إلا أنه شرط للتمتع بالحماية الجزائية الخاصة بها، ويتضح ذلك بجلاء من استقراء نص المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية التي تُقرر عقوبات على الاعتداء على العلامات المسجلة فقط[2].

وطبقاً للمادة (١٧) من قانون العلامات التجارية الاماراتي فإن التسجيل يغدو قرينة قاطعة على ملكية العلامة إذا استعملها من قام بتسجيلها بصفةٍ مستمرة خمس سنوات على الأقل من تاريخ التسجيل دون أن ترفع عليه دعوى تقضي بصحتها حيث لا يجوز منازعته في ملكيتها بعدئذٍ. وقد قضت محكمة التمييز في دبي في الطعن

---

(١) أنظر: أكثم الخولي، القانون التجاري (الأموال) ص٣٨٣.

(٢) رفضت محكمة جرينوبل الفرنسية قبول دعوى تقليد العلامة لأنها رُفعت بعد إيداع العلامة وقبل تسجيلها.

أنظر: Grenoble 17 Oct. 1969, Bullettin, Institute National de la propriété industrielle, 1970, 111, 140.

رقم ٢٥٨ لسنة ١٩٩٠م أن ملكية العلامة تكون لمن سبق أن استخدمها دون غيره. أما التسجيل -كأصل- فليس من شأنه أن ينشيء حق الملكية بل هو يُقرر وجودها فحسب.[١] كما قضت محكمة استئناف أبوظبي بتاريخ ١٩٨١/٣/١٨م أن الاستعمال المسبق هو الذي يُقرر الحق في العلامة ولا عبرة للتسجيل.[٢] وقضت محكمة استئناف القاهرة، الدائرة التجارية والضرائب، بتاريخ ١٩٦٠/٣/١٢ في القضية ١٩٠ رقم ٦٨ ق أن المشرع المصري لا يجعل للتسجيل كمبدأ عام إلا أثراً مقرراً declaratif فهو قرينة على الملكية يجوز للغير تقويضها بإقامة الدليل على أسبقية استعماله للعلامة[٣]. ثم عادت محكمة النقض المصرية لتؤكد ذلك في حكمٍ حديثٍ نسبياً حيث قررت أن ؛الأصل في ملكية العلامة التجارية أنها تثبت بأسبقية استعمالها وأن تسجيلها لا يعدو كونه قرينة على ذلك يجوز دحضها لمن تثبت أسبقيته في استعمال العلامة، إلا أن المشرع قد خرج على هذا الأصل وأكد ملكية العلامة لمن قام بتسجيلها واستمرّ في استعمالها بصفة دائمة مدة خمس سنوات لاحقة على تاريخ تسجيلها دون أن تُرفع عليه خلالها دعوى من الغير تتضمن منازعته في ملكية العلامة"[٤]. كما أكّدته محكمة النقض السورية إذ قضت بأن "ايداع العلامات

---

(١) مشار لذلك في مجلة القضاء والتشريع التي تصدر عن محكمة التمييز بدبي، العدد الثاني يناير ١٩٩٣ رقم ٥٩ ص٣٣٧.

(٢) مشار لذلك في مجلة العدالة السنة ٨ العدد ٢٩ اكتوبر ١٩٨١ ص٨١.

(٣) أشار لذلك عبد المعين لطفي جمعه، موسوعة القضاء في المواد التجارية، المرجع السابق رقم ٥٥٩ ص٢٦٧.

(٤) حكم صدرفي الطعن رقم ٢١٣ لسنة ٤٠ ق. جلسة ١٩٨٠/٦/٢٣، أشار إليه معوّض عبد التواب في مؤلفه المستحدث في القضاء التجاري في ١٥ عاماً ١٩٧٥-١٩٩٠ دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٠ ص٤٢١.

الفارقة في دائرة حماية الملكية التجارية والصناعية لا يُكسب الحق في الملكية وإنما يشكّل مجرد زعم شرعي بالملكية. فهو مجرد قرينة على الحق وهى تقبل إثبات العكس بدعوى تُرفع أمام القضاء، وبذلك فإن التسجيل ليس له أثر منشيء للحق وإنما هو معلن له فحسب، وتبقى أولوية الاستعمال هى المصدر الذي ينشأ عنه حق الملكية"[1].

وتأكيداً للمبدأ الذي يقضي بأن تسجيل العلامة شرط للتمتع بحمايتها الجزائية قضت محكمة النقض المصرية بأن تسجيل العلامة يُعدّ ركناً في جريمة تقليدها أو استعمالها بسوء قصد ومن ثم يتعيّن على الحكم استظهاره وإلا كان قاصراً في بيان الواقعة المستوجبة للعقاب، فتسجيل العلامة التجارية هو مناط الحماية التي أسبغها القانون على ملكية العلامة بتأثيم تقليدها أو استعمالها من غير مالكها، وبذلك لا يُفيد مالك العلامة من تلك الحماية إلا إذا كانت مسجلة[2].

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن الحماية الجزائية للعلامة التجارية تتقرر بمجرد وقوع الاعتداء على العلامة حتى لو لم يلحق ضرر بمالكها من جراء ذلك الاعتداء، كما لو باشر الغير أفعالاً محظورة قانوناً تمثلت في تقليد العلامة أو تزويرها فإن تصرفه يُعد مجرّماً حتى لو كانت المنتجات التي تحمل العلامة المزورة أو المقلدة على درجةٍ من الجودة تفوق تلك التي تحمل العلامة الأصلية.

---

(١) نقض سوري قرار رقم ٧٣٤ بتاريخ ١٩٧٢/٨/٢٢ مشار إليه في "المحامون" عدد ١٢ لسنة ١٩٧٢.

(٢) أنظر: نقض مصري في الطعن رقم ٣٦/٨٨٧ ق. جلسة ١٩٦٦/٥/٢٣ س ١٧ ص ٦٨٦، وأنظر في نفس السياق نقض مصري في الطعن رقم ٣٥/٢١٠١ ق. جلسة ١٩٦٦/٤/٢٥ س١٧ ص٤٨٠؛ مشار للحكمين في: معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس وتقليد العلامات التجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٨٩ ص٢٩٩.

والحماية الجزائية للعلامات التجارية مقررة بموجب المواد (٣٧-٣٩) من قانون العلامات التجارية الاماراتي، فقد أشارت هذه المواد لمجموعة من الجرائم التي يُحتمل وقوعها على العلامات التجارية والتي تشمل: تزوير العلامة أو تقليدها واستعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة واغتصاب علامة مملوكة للغير وبيع المنتجات التي تحمل علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق، أو عرضها للبيع أو للتداول أو حيازتها بقصد البيع وعرض تقديم خدمات تحت علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مستعملة بغير حق، واستعمال علامة تجارية ممنوعة قانوناً، وإيهام الغير بتسجيل العلامة التجارية، كما أن هذه الحماية مقررة بموجب القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ١٩٧٩م في شأن قمع الغش والتدليس.

وعليه فسنخصص فرعاً مستقلاً لدراسة الجرائم المتعلقة بالعلامات التجارية والمنصوص عليها في قانون العلامات التجارية، وفرعاً آخر لجريمة الخداع المنصوص عليها في قانون قمع الغش والتدليس، ثم نختتم هذا المطلب بفرعٍ أخير نكرّسه للعقوبات الإضافية والاجراءات التحفظية التي قررها المشرع لحماية العلامات التجارية من الاعتداء.

وقبل الخوض في تفصيلات هذه الجرائم يجدر بنا إلقاء بعض الضوء على صاحب الحق في مباشرة الدعاوى المتعلقة بها وهو ما سيكون موضوع الفرع الأول من هذا المطلب.

الفرع الأول

صاحب الحق في مباشرة الدعوى الجزائية

تُباشر هذه الدعوى في مصر عن طريق النيابة العامة أو المجنى عليه الذي لحقه ضرر من جراء الجريمة[1].

وفي دولة الامارات العربية المتحدة تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجزائية ومباشرتها ولا تُرفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون[2]. وقد أكدت محكمة استئناف أبوظبي ذلك بتقريرها أن النيابة العامة هى الجهة الوحيدة التي من حقها مباشرة الاتهام وتحريك الدعوى الجزائية في مراحلها كافة[3]، كما أكدت في حكمٍ آخر أن المحكمة لا تملك محاكمة شخص لم تحرك الدعوى ضده من قبل النيابة العامة التي تملك على وجه الاستقلال تحريك ومباشرة الدعوى العمومية[4].

وبالرجوع لقانون العلامات التجارية الاماراتي رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢م نجد أن المادة ٤٠ تُجيز لكل من أصابه ضرر نتيجةً لأيٍ من الأفعال المنصوص عليها في المادتين (٣٧) و (٣٨) من ذلك القانون أن يرفع دعوى أمام المحكمة المدنية المختصة لمطالبة المسؤول عن الفعل بتعويض مناسب عما لحقه من ضرر، بمعنى أن المضرور

---

(١) أنظر: حسين عامر، المسؤولية المدنية والتقصيرية والعقدية، المرجع السابق رقم ٦ ص٤؛ وأنظر: علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، دار النهضة العربية بدون تاريخ ص٣٠٣.

(٢) أنظر: المادة السابعة من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي وهو القانون الاتحادي رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢م.

(٣) أنظر: استئناف جنائي رقم ١٩٨٢/٣٤٧ صادر عن محكمة استئناف أبوظبي، مشار إليه في مجلة العدالة، المرجع السابق، العدد ٣٣ السنة التاسعة أكتوبر ١٩٨٢ ص ١١٧.

(٤) مشار للحكم في مجلة العدالة، المرجع السابق العدد ٢٥ السنة السابعة أكتوبر ١٩٨٠ ص ٧٥.

يستطيع فقط تحريك الدعوى المدنية.

ورأينا أن المضرور يستطيع تحريك الدعوى الجزائية بصورة غير مباشرة إذ يمكنه تقديم الشكوى إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي المشار إليهم في المادة (٤٦) من قانون العلامات التجارية، بل يمكنه في حالة التلبس بالجريمة أن يُقدّم شكواه لمن يكون حاضراً من رجال السلطة العامة وفقاً للمادة (١١) من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي.

ومع ذلك، يجوز لمن لحقه ضرر شخصي مباشر من الجريمة في دولة الامارات العربية المتحدة أن يدّعي بالحقوق المدنية قبل المتهم أثناء جمع الاستدلالات أو مباشرة التحقيق، أو أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية في أية حالة كانت عليها الدعوى وإلى حين قفل باب المرافعة فيها، ولا يُقبل منه ذلك أمام المحكمة الاستئنافية[1].

وفي الكويت لا يُمكن رفع الدعوى الجزائية الخاصة بحماية العلامات التجارية إلا من قبل النيابة العامة حيث تقضي المادة (١٠٥) من القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٦٠م الخاص بالاجراءات والمحاكمات الجزائية والمُعدّلة بموجب القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٦١م بأن "تتولى النيابة العامة مباشرة الدعوى الجزائية بطلب توقيع العقوبة على المتهمين بالجنايات وفقاً للاجراءات وطبقاً للشروط المنصوص عليها في القانون، ويتولى المحققون مباشرة الدعوى الجزائية بطلب توقيع العقوبة على المتهمين في الجنح التي تولّوا التحقيق والتصرف وفقاً للمادة التاسعة". فبذا يكون المشرع الكويتي قد ألغى حق المجنى عليه في الإدعاء المباشر أمام المحاكم

---

(١) أنظر: المادة ٢٢ من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي.

الجزائية[1].

ومع ذلك، فإن للمدعى بالحق المدني في الكويت عن ضرر أصابه بسبب الجريمة، أن يرفع دعوى بحقه المدني أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى يتم قفل باب المرافعة، ويكون له في هذه الحالة صفة المدعى المنضم في الدعوى الجزائية إذا كان غيره هو الذي رفعها[2]. ويجوز للمدعى المدني أن يُطالِب بحقه أثناء التحقيق الابتدائي بموجب طلب يقدّمه للمحقق، ويُعامَل كطرف مدّعٍ أثناء التحقيق. وللمحكمة أن تفصل في طلب التعويض بنفس الحكم الذي تُصدره في الدعوى الجزائية أو تؤجّل الفصل في الدعوى المدنية أو تحيلها إلى المحكمة المدنية المختصة[3].

الفرع الثاني

الجرائم المتعلقة بالعلامات التجارية وفقاً لقانون العلامات التجارية

وهى عبارة عن مجموعة من الجرائم أشارت إليها المواد (٣٧-٣٩) من هذا القانون كما أسلفنا، وتشمل: تزوير العلامة أو تقليدها، واستعمال علامة تجارية

---

(١) كان نص المادة ١٠٦ قبل التعديل يُعطي للمجنى عليه أو لمن ينوب عنه من ولي نفس أو وكيل خاص حق رفع الدعوى الجزائية على المتهمين في جميع قضايا الجنح ومباشرة هذه الدعوى أمام المحكمة، وكان نص المادة ١٢٩ قبل التعديل يقضي بأن على المحاكم أن تفصل في الدعاوى التي تُرفع إليها من النيابة العامة أو المحقق أو المجني عليه.

(٢) أنظر: المادة ١١١ من قانون الاجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

(٣) أنظر: المادة ١١٣ من قانون الاجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، وأنظر: يعقوب صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، المرجع السابق رقم ٨٤ الصفحات ١٩٣-١٩٤.

مزورة أو مقلدة، واغتصاب علامة مملوكة للغير، وبيع المنتجات التي تحمل علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق أو عرضها للبيع أو للتداول أو حيازتها بقصد البيع، وعرض تقديم خدمات تحت علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مستعملة بغير حق، واستعمال علامة تجارية ممنوعة قانوناً وإيهام الغير بتسجيل العلامة التجارية.

وسنتناول كلاً من هذه الجرائم ببعض التفصيل:

أولاً: جريمة تزوير العلامة التجارية أو تقليدها

وهى جريمة تفترض بداهةً وجود علامة تجارية أصلية مسجلة تُميّز منتوجات أو خدمات معينة تعرّضت لإعتداء عليها تمثل في تقليدها أو تزويرها، وقد تناولتها المادة ٣٧ من قانون العلامات التجارية الاماراتي[1] حيث قضت بأن يُعاقَب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين:

(١) تقابلها المواد: ١/٩٢ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م التي عُدِّلت بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٧م حيث حلّت عبارة "يُعاقَب بالحبس لمدة لا تُجاوز ثلاث سنوات" محل عبارة "يُعاقَب بالحبس". و١/٣٣ من القانون المصري رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩م الخاص بالعلامات والبيانات التجارية المعدّلة بالقانون رقم ٥٦٩ لسنة ١٩٥٤م، والمادة ١/٣٤ من القانون القطري رقم ٣ لسنة ١٩٧٨م في شأن العلامات والبيانات التجارية، والمادة ١/٤٩ من نظام العلامات التجارية السعودي لسنة ١٩٨٤م، والمادة ١/٣٨ من القانون الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢م بشأن العلامات التجارية، والمادة ١/٣١ من المرسوم السلطاني العماني رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٧م بإصدار قانون العلامات والبيانات التجارية، والمادة ١/٣١ من المرسوم بقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩١م في شأن العلامات التجارية البحريني.

"كل من **زوّر** علامة تجارية تمّ تسجيلها"[1] طبقاً للقانون أو **قلّدها** بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور".

وعليه، فإن هذه الجريمة تقع عندما نكون إزاء تزوير لعلامة تجارية مسجلة أو إزاء تقليد لتلك العلامة من شأنه أن يؤدي إلى خلط أو لبس يُضلل الجمهور[2].

وعلى الرغم من أن قانون العقوبات الاماراتي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧م يتوسّع في مفهوم التزوير بحيث تعتبر مادته ١٦ من طرق التزوير إدخال تغيير على المحرر بذاته بالإضافة أو الحذف أو التغيير في كتابة المحرر أو الأرقام أو العلامات أو الصور الموجودة فيه[3]، إلاّ أنها تعتبر اصطناع محرر أو تقليده أو نسبته إلى الغير من طرق التزوير[4].

(١) وعليه، فإن وقوع التزوير أو التقليد قبل التسجيل أو حصولهما بعد انقضاء مدة التسجيل دون التجديد ينفي وقوع الجريمة. وخلافاً لذلك نجد المادة ٧٨/أ من قانون العلامات التجارية الهندي لسنة ١٩٥٨م تستلزم بالنسبة لتقليد العلامة falsification إثبات وجود علامة تجارية أصلية مملوكة لشخص آخر إلا أنها لا تتطلب أن تكون مسجلة The existence of a genuine trademark whether registered or unregistered.

أنظر: Law of Trade Marks and Passing - Off by P. Narayanan, 4th edition, Eastern Law House 1991, P. 645.

(٢) يتّفق مدلول النص مع مقتضى المادة ١٦ من اتفاقية التجارة والتعرفة الجمركية General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) الموقّعة في مراكش في ١٥ أبريل ١٩٩٤م، حيث تُشير هذه المادة لاحتمال الخلط Likelihood of Confusion ولا تستلزم وقوع الخلط فعلاً.

أنظر نص المادة في كتاب: Uruguay Round, Final Act, Marrakesh 15 April 1994, P. 326

(٣) أنظر: البند الأول من المادة ٢١٦ من قانون العقوبات الاماراتي.

(٤) أنظر البند الرابع من المادة ٢١٦ من قانون العقوبات الاماراتي.

ونرى أن المقصود بتزوير العلامة Contrefaçon إما نقلها الحرفي أى نقلاً كاملاً مطابقاً للأصل أو نقل الأجزاء الرئيسية منها بحيث تكاد تكون العلامة المزوّرة مطابقة للعلامة الأصلية(١).

أما تقليد العلامة فيعني اصطناع أو محاكاة علامة تماثل في مجموعها العلامة الأصلية تماثلاً من شأنه أن يخدع الجمهور ويضلله بخصوص مصدر البضاعة التي تميّزها العلامة(٢)، بمعنى أننا نكون إزاء تقليد للعلامة حين يباشَر عمل من شأنه من جهة أن يؤدي لخلق الشبه بين العلامة التجارية الأصلية والعلامة التجارية الأخرى المقلدة؛ ومن شأنه من جهةٍ أخرى أن يضلل الجمهور بخصوص مصدر البضاعة التي تميزها العلامة، فإن لم يكن ثمّة تضليل فإن جريمة التقليد لا تقوم(٣).

وفي العادة لا يثير التزوير صعوبة تذكر عند ضبط العلامة المزورة إذ يكون التطابق بين العلامتين شبه تام ولكن تكون الصعوبة في تقدير ما إذا كانت العلامة مقلدة أو غير مقلدة؛ وبهذا الصدد أصبح من المستقر فقهاً وقضاءً على أن واقعة

---

(١) أنظر: محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية ١٩٦٩ رقم ٣٨٥ ص ٣٣٣، وأنظر حكم المحكمة الكلية في الكويت تجاري كلي/٨ في القضية رقم ١٩٧٧/٢٩١٣ جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٧ حكم غير منشور، أشار إليه يعقوب صرخوه في كتابه النظام القانوني للعلامات التجارية، المرجع السابق رقم ٨٥ ص١٩٦.

(٢) أنظر: الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المرجع السابق ص٢٥٥؛ وأنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (٨) حق الملكية، دار النهضة العربية ١٩٦٧ رقم ٢٩٠ ص٤٧٥ هامش رقم ١. وقد عرّفت محكمة النقض المصرية التقليد بأنه المحاكاة التي تدعو إلى تضليل الجمهور. أنظر طعن جنائي رقم ٨٨٧ لسنة ٣٦ ق. جلسة ١٩٦٦/٥/٢٣ س ١٧ ص٦٨٦ مشار إليه في معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس، المرجع السابق ص٣٠٠.

(٣) أنظر: Tribunal de Grand Instance, Paris, 29 Juin 1984, Bulletin Documentaire de la propriété industrielle 1985,3, P.65.

تقدير التقليد من عدمه تعتبر من المسائل الموضوعية التي يختص بها القاضي دون رقابة أو معقّب عليه من محكمة النقض أو التمييز[1] وذلك مع مراعاة أن يستند القاضي في المواد الجنائية فيما يتعلق بثبوت الحقائق القانونية على الدليل الذي يقتنع به وحده، فلا يجوز للمحكمة مثلاً أن تستند في ثبوت التقليد على كتاب إدارة العلامات التجارية فقط[2].

تحديد تقليد العلامة التجارية من عدمه :

عرفنا أن واقعة تقدير التقليد من عدمه تُعتبر من المسائل التي يختص بها القاضي، وقد جرى القضاء على مراعاة مجموعة من الضوابط بهذا الصدد وهي:

١- ينبغي أن لا يتم النظر إلى أوجه الاختلاف بين العلامتين المقلدة والحقيقية وإنما تكون العبرة بأوجه التشابه بينهما[3]، فإذا تبيّن وجود تشابه بين العلامتين في

---

(١) أنظر حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٦٨/١٢/٢٦ في الطعن رقم ٤٣٥، ٣٤ ق، ص١٥٧٧ مشار إليه في الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس لمعوض عبد التواب، المرجع السابق ص٣١٢ وأنظر أيضاً:
Bunnet (v.) Aspects actuels du droit des marques dans le marché Commun 1967, P. 6

(٢) أنظر نقض جنائي مصري في الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٢٧ ق. جلسة ١٩٥٧/٦/٣ س ٨ ص٥٧٣، وأنظر نقض جنائي مصري في الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥ ق. جلسة ١٩٨١/٣/١٥ س ٣٢ ص٢٤٩. مشار إليهما في الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس، معوض عبد التواب، المرجع السابق الصفحتان ٢٩٦ و٣٠٤ على التوالي.

(٣) تطبقاً لذلك قضت محكمة تمييز البحرين بأن "العبرة في تقليد العلامة التجارية بأوجه الشبة لا بأوجه الاختلاف وبالصورة العامة التي تنطبع في ذهن الشخص العادي المشاهد للعلامتين وما يؤديه من حدوث اللبس والاختلاط بينهما" حكم محكمة تمييز البحرين في الطعن رقم ١٦ لسنة ١٩٩١م جلسة ١٩٩١/٦/٩م مشار إليه في المجلة العربية للفقه والقضاء، المرجع السابق، العدد ١٣ نيسان ١٩٩٣م ص٢٤٧؛ وانسجاماً مع ذلك قررت المادة ٧٢٠ من قانون العقوبات اللبناني أن على المحاكم أن تقدر التقليد باعتبار التشابه الاجمالي أكثر من اعتبار الفروق الجزئية.

عناصرهما الجوهرية أصبح التقليد واقعاً ولا يُلتفت بعدئذٍ لما بينهما من فروق جزئية وأوجه اختلاف ثانوية.

وقد أكدت ذلك محكمة النقض المصرية إذ قضت بأن "تحقق تقليد العلامة التجارية لا يلزم فيه التطابق بين العلامتين بل يكفي لتوافره وجود تشابه بينهما من شأنه تضليل جمهور المستهلكين وإحداث اللبس والخلط بين المنتجات"(١).

٢- ينبغي أن لا تتم المقارنة بين العلامتين الأصلية والمقلدة بدراسة أوجه الشبه لكل جزئية من جزئياتهما إذ أن العبرة هى بالتشابه الاجمالي لا بالتشابه في التفاصيل والجزئيات. حيث أن ما يُلفت نظر المشتري في العادة هو الشكل العام للعلامة دون أن يدقق فيتفاصيلها.

وقد أكدت ذلك محكمة النقض السورية إذ قررت "أن وجود أو عدم وجود الشبه بين العلامتين إنما يتقرر بالنظر إليهما جملة لا بالنظر إلى التفاصيل"(٢)، كما قررت محكمة النقض المصرية في حكمها بتاريخ ١٩٦٨/٦/٢٠م في الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٣٤ ق وجوب النظر إلى العلامة في مجموعها لا إلى كل العناصر التي تتركب منها فالعبرة هى بالصورة العامة التي تنطبع في الذهن للشكل الذي تبرز به ولوقع نطق مجموع الكلمة في السمع(٣). وأشارت محكمة التمييز الكويتية بهذا الصدد إلى أنه "لتقدير ما إذا كانت للعلامة ذاتية خاصة متميزة عن غيرها ينبغي النظر إليها في مجموعها لا إلى كل عنصر من العناصر التي تتركب منها، فالعبرة ليست

(١) حكم في الطعن رقم ٢٢٧٤ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ أشار إليه معوض عبد التواب في مؤلفه المستحدث في القضاء التجاري، المرجع السابق ص٤١٩.

(٢) نقض سوري قرار ١٥٤٦ بتاريخ ١٩٨١/١٠/٣، المحامون، العدد الأول ١٩٨٢ ص٥٥.

(٣) أشار لذلك معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس، المرجع السابق ص٣١٠.

باحتواء العلامة على حروف أو رموز أو صور مما تحتويه علامة أخرى، وإنما العبرة هي بالصورة العامة التي تنطبع في الذهن نتيجة لتركيب هذه الحروف أو الرموز أو الصور مع بعضها أو للشكل الذي تبرز به علامة عن أخرى بصرف النظر عن العناصر التي تركبت منها وعما إذا كانت الواحدة منها تشترك في جزء أو أكثر مما تحتويه الأخرى(١).

٣- يجب على القاضي أن لا يضع العلامتين الأصلية والمقلدة الواحدة إلى جانب الأخرى ليقوم بفحصهما بدقة وبالتفاصيل في ذات الوقت، وإنما عليه أن يستعرض العلامتين تباعاً وعلى انفراد آخذاً بعين الاعتبار مظهرهما العام والانطباع الذي تخلقه كل منهما في ذهنه، فإذا كانت الصورة التي تتركها العلامة الثانية في الذهن تُذكّر بالصورة الأولى فالتقليد قائم(٢)؛ حيث أن وضع العلامتين متجاورتين من المسائل التي لا تحدث في الحياة العملية، فالسلع التي تحمل العلامتين الأصلية والمقلدة لا تُعرض على المشتري جنباً إلى جنب وفي نفس الوقت.

٤- ينبغي عند تقدير التشابه بين العلامتين أن يكون المعيار هو تقدير الرجل العادي أي المستهلك المتوسط الحرص والانتباه لا المستهلك الحاذق اليقظ(٣) الذي

---

(١) حكم محكمة الاستئناف العليا (دوائر التمييز) في الطعن رقم١٢١/ ١٩٨٠ جلسة ١٨/ ١٢/ ١٩٨٠ مشار إليه في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في المدة من ١٦/ ١٠/ ١٩٧٢ إلى نهاية ديسمبر ١٩٨٤، إعداد المحامين عبد الله خالد الأيوب وأحمد هوشان الماجد، ص٢٦٧.

(٢) أنظر: محسن شفيق، القانون التجاري المصري، الجزء الأول، القاهرة ١٩٤٩ ص٥٤٤.

(٣) أنظر نقض مدني مصري في الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٣٤ ق. جلسة ١٩٦٨/٦/٢٠ مشار إليه في الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس وتقليد العلامات التجارية، معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص٣١١.

يبالغ في إجراء الفحص والتدقيق في السلعة قبل شرائها ولا المستهلك المهمل الذي يشتري السلعة دون أن يُجري أى فحص أو تدقيق عليها. فالمقصود من التقليد هو تضليل جمهور المستهلكين[1]، وعليه فإنه لا أهمية لما إذا كان من السهل التعرّف على كلٍ من العلامتين أو التمييز بينهما بالنسبة لتاجر الجملة أو الوكلاء بالعمولة مثلاً.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف مصر بأن تشابه العلامتين من ناحيتي الشكل والجرس السمعي لا يمكن أن يؤدي إلى الخلط واللبس في مجال تجارة المسحوق المنظف اللازم لمصانع الطبع والصباغة لأن الذين يقتنون مثل هذه المنتجات هم من رجال الخبرة والفن[2].

وأخذاً بالمعايير السابقة شهد الواقع العملي عدداً كبيراً من الأحكام القضائية وفي الدول المختلفة تتعلق بتقليد العلامات التجارية أو تزويرها أو عدمه؛ فقد قررت المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ١٦ لسنة ٦ قضائية في جلسة ١١ يونيو ١٩٨٤م أن وضع لوحات معدنية بأرقام خاصة بسيارة أخرى على سيارة لا يُعدّ تزويراً ما لم يثبت أن اللوحة قد اصطنعت أو يكون قد أحدث بها تغيير فيما تحمله من بيانات[3]؛ كما قضى بوجود تشابه اجمالي يرقى لمرتبة التقليد

---

(١) أنظر: هشام فرعون، القانون التجاري البري، منشورات كلية الحقوق بجامعة حلب، الجزء الأول، ١٩٨٥ رقم ٢٦٩ ص١٧٣.

(٢) أنظر استئناف مصر في ٢٩ فبراير ١٩٦٠م، المحاماة ٤١ رقم ٣٥٥، ص٦٨٥.

(٣) أنظر أهم الأحكام والمبادىء الجزائية التي قررتها المحكمة الاتحادية العليا من السنة الأولى إلى السنة التاسعة القضائية، إصدار جمعية الحقوقيين بدولة الامارات العربية المتحدة، المطبعة الاقتصادية دبي بدون تاريخ، ص٢٦١.

بين التسمية الحقيقية Palmolive وتسمية Palmol وبين Optica و Optikos وبين لافكس ولانوفكس[1]. كما قُضي بأن اختيار لفظ Crosely كعلامة تجارية لتمييز أدوات مكتبية يُعتبر تقليداً للعلامة Croxely التي تُميّز نفس النوع من المنتجات[2]، وقُضي بأن علامة "ميزون ديور" تقليد لعلامة كريستيان ديور[3] وأن علامة Rose D'or تقليد لعلامة Reve D'or[4] وأن علامة Dolly تقليد لعلامة Debby[5] وأن علامة Croc-Croc تقليد لعلامة Cric-Crac-Croc[6] وأن علامة Dew's تقليد لعلامة 'Duke التي سبق تسجيلها لتمييز نوع من الصودا[7].

وصدر عن المحكمة الكبرى المدنية في دولة البحرين حكمان في قضيتين[8] تتعلقان بتقليد وتشابه علامات تجارية قررت المحكمة في أولهما منع وزارة التجارة من تسجيل علامة تجارية لكبريت اتضح أنه مشابه في علامته لنوع آخر من

---

(١) أنظر: الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المرجع السابق، ص٢٥٨.

(٢) أنظر: سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق رقم ٩٨، ص٣١١.

(٣) أنظر حكم محكمة بيروت التجارية رقم ٣٠٦/١٠٢ بتاريخ ٢٨/٥/١٩٧٠ مجموعة حاتم، بيروت ١٣٥٦ ص٤٩.

(٤) أنظر حكم محكمة العدل الأردنية رقم ٦٦/١٦٠ بتاريخ ١٩٦٧/٢/١٨ مشار إليه في مجلة نقابة المحامين الأردنيين السنة ١٥ ص٢٨٢.

(٥) أنظر حكم محكمة استئناف باريس في ٤ ديسمبر ١٩٨٦ مشار إليه في Bulletin Documentaire de la propriété industrielle 1987, 3, P. 254.

(٦) أنظر حكم محكمة استئناف باريس في ١٢ نوفمبر ١٩٨٦ مشار إليه في Bulletin Documentaire de la propriété industrielle 1987, 7, P. 387.

(٧) ورد ذلك في قضية: Mohamad Khalil v. Staff of Mohrashtra (1982)
أشار لذلك: Narayanan, Law of Trade Marks op. cit, P. 645.

(٨) أنظر مجلة حماية الملكية الصناعية، العدد الحادي والثلاثين، الربع الأول ١٩٩٢ ص٢٤-٢٥.

الكبريت تأسيساً على ضرورة توافر المغايرة بين العلامتين اللّتين تُستخدمان في تمييز سلعة معينة بحيث يرتفع اللبس بينهما ولا يقع جمهور المستهلكين في الخلط والتضليل؛ وأصدرت في الثاني حكماً بتأييد الحظر المفروض على استيراد وبيع سجاير جولدكوست[1] بسبب تشابه تصميم عبوتها مع تصميم علبة سجاير مارلبورو لايتس الأمريكية الصنع التي سبق تسجيل علامتها التجارية من قبل شركة فيليبس موريس برودكتس انك، وذلك تأسيساً على أن من شأن التشابه بين العبوتين أن يؤدي إلى التباس وتضليل المستهلك.

وبالمقابل قُضي بانتفاء التشابه بين علامة Lux وعلامة Lav الأمر الذي لا يجعل الأخيرة تقليداً للأولى[2]، وبعدم وجود تزوير أو تقليد بين علامتي "سفن أب" و"بيل أب"[3]، كما قُضي بانتفاء التشابه بين علامة تجارية تتمثل في صورة بدوي يلبس الكوفية والعقال ويحمل بيده فنجان قهوة بينما هو محاط بحبات القهوة وتحمل عبارة "العدنية الممتازة" وبين علامة أخرى هي عبارة عن صورة ولد يحمل ابريقاً من القهوة بينما هو محاط بحبات القهوة وتحمل عبارة "أفخر أنواع البن العدني"[4].

---

(١) وهي سجاير مصنعة في سويسرا من قبل شركة آر جي. رينولدز، أي. جي.

(٢) صدر ذلك عن محكمة استئناف دبي في القضية الاستئنافية الحقوقية رقم ١٩٨١/١١٦ في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ ١٩٨٢/٢/٢٤ وهو حكم غير منشور.

(٣) تمييز لبناني في ١٩٦٥/١٠/٢٨ مجموعة حاتم ٦٥ ص٤٨.

(٤) حكم محكمة عمّان الاستئنافية قضية رقم ٥١٨ بتاريخ ١٩٥٩/١٠/٢١ مشار إليه في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، السنة ٧ ص٤٥٦.

هذا وتجدر الاشارة أخيراً إلى الملاحظتين التاليتين:

أ- أنه لا يلزم لقيام جريمة تزوير العلامة أو تقليدها أن يقع الخلط أو التضليل فعلاً بل يكفي أن يكون ذلك ممكن الوقوع[1]، ويُعتبر تقدير ذلك من مسائل الواقع التي يكون لمحكمة الموضوع بالنسبة إليها القول الفصل دون معقّب عليها من محكمة النقض طالما لم يثبت من جانب الأولى وجود تقصير في التسبيب أو تناقض في التدليل. فقد ورد في حكم لمحكمة التمييز في عمّان بالأردن "لم يُحدّد القانون طريقة معينة لإثبات التزوير ولمحكمة الموضوع أن تكوّن عقيدتها بما فيها الدليل العقلي"[2]. كما ورد في حكم لمحكمة النقض المصرية "ولما كان التقليد أو التزوير واقعة مادية فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الاثبات ولكن يتعيّن على القاضي أن يبيّن الأدلة التي استند إليها بياناً كافياً يتضح من خلاله مدى تأييده للواقعة التي اقتنعت بها المحكمة، فليس كافياً أن تستند المحكمة إلى أن محرر المحضر قد أثبت في محضره قيام تشابه بين النموذجين موضع الخلاف، وإنما يتعيّن عليها أن تتحقق من قيام التشابه بنفسها أو أن تندب خبيراً لذلك وصولاً للحقيقة"[3]، وقررت في موضع آخر

---

(١) أنظر محمد حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، المرجع السابق ص٣٧٢، وأنظر نقض جنائي مصري في الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٦ ق. جلسة ١٩٧٦/٦/٧ س ٢٧ ص٦٢٨ أشار لذلك معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس ص٣٠٢؛ وخلافاً لذلك قضت محكمة العدل الأردنية بتاريخ ١٩٥٩/١١/٢٩ بوجوب وقوع الخلط والتضليل فعلاً حتى نكون إزاء تقليد للعلامة، أنظر مجلة نقابة المحامين الأردنيين السنة ٧ ص١١١.

(٢) أنظر حكم محكمة التمييز في عمّان في القضية رقم ٩٩١/١٧٦ بتاريخ ١٩٩١/٩/٢٣ مشار إليه في المجلة العربية للفقه والقضاء، المرجع السابق العدد نيسان ١٩٩٣م ص٢٦٧.

(٣) نقض مصري في الطعن رقم ٨٠٠ سنة ٤٧ ق. جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٥ س ٢٧ ص١٠٧٠، مشار إليه في معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس، المرجع السابق ص٣٠٢.

أنه لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على رأى غيره[1].

ونضيف هنا بأن المشرع قد فصل بين التزوير والتقليد من جهة وبين استعمال العلامة التجارية المزورة أو المقلدة من جهة أخرى حيث جرّم كلاً من العملين في بندٍ مستقل من المادة (٣٧) وجعل كلاً منهما جريمةً مستقلة بذاتها. وعليه، فإنه يكفي لقيام الجريمة مجرد صنع العلامة المزورة أو المقلدة ولو لم يقترن الأمر باستعمالها حيث لا يُعد ذلك شروعاً في ارتكاب الجريمة وإنما يُعد مكوناً للجريمة ذاتها. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة باريس بقيام جريمة تزوير العلامة لمجرد إعادة انتاجها حتى لو لم تُستخدم أو تُوضع على المنتجات لتمييزها[2]. كما قضت محكمة النقض المصرية بأن جريمة تقليد أو تزوير العلامة التجارية تُعتبر بطبيعتها جريمة وقتية تتم بمجرد تقليد العلامة بغض النظر عن الاستعمال الذي يأتي لاحقاً لها والذي هو بطبيعته جريمة مستمرة[3].

ب- لقد غالت محكمة النقض الفرنسية في حماية أصحاب العلامات التجارية من جراء جرائم التزوير أو التقليد حيث لم تكتفِ بتجريم هذين الفعلين

---

(١) نقض مصري في الطعن رقم ٤١٣ سنة ٢٧ ق. جلسة ١٩٥٧/٦/٣ س ٨ ص٥٧٣، مشار إليه في معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس، المرجع السابق ص٢٩٦.

(٢) حكم محكمة باريس في ٧ يناير ١٩٥٢ كما قضت محكمة ليل بفرنسا في ١٢ يوليو ١٩٦٣ أن مجرد إعادة انتاج العلامة Centra التي تملكها شركات البقالة الفرنسية من قبل إحدى الشركات الهولندية يُعتبر في حدّ ذاته تزويراً حتى ولو لم تُستعمل هذه العلامة. أشارت لذلك سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق رقم ١٩٩ هامش ص٢٠٠.

(٣) نقض مصري في الطعن رقم ١٢٩٧ سنة ٢٢ ق. جلسة ١٩٥٤/٥/٤، مجموعة القواعد، الدائرة الجنائية الجزء الثاني ص٨٦٢ مشار إليه في موسوعة القضاء في المواد التجارية، عبد المعين لطفي جمعه، المرجع السابق رقم ٦١٩ ص٣٠٣.

وتوقيع العقوبة على المزوّر أو المقلد وإنما تجاوزت ذلك إلى إقرار مبدأ مقتضاه وجوب تحرّي وكالات النشر والاعلان بألا تكون العلامة المعلن عنها مزوّرة أو مقلدة وإذا ثبت إخلال الوكالات بهذا الواجب أُلزِمَتْ بتعويض صاحب العلامة الأصلية[1].

ولكن هل يلزم أن يكون المُقلد أو المُزور سيىء النية حتى نكون إزاء جريمة تزوير العلامة أو تقليدها؟

لقد شهدت هذه المسألة خلافاً كبيراً، الأمر الذي يستلزم إلقاء الضوء عليها بصفةٍ مستقلة.

القصد الجنائي في جريمتي التزوير والتقليد:

يُعتبر مرتكب جريمة التزوير أو التقليد سيىء النية إذا استهدف من وسيلته الخادعة تضليل المشتري بالنسبة لحقيقة المنتجات التي تميزها العلامة. ومع ذلك، فقد شهدت مسألة لزوم القصد الجنائي لقيام هاتين الجريمتين أو عدم لزوم ذلك خلافاً كبيراً في الفقه كما أسلفنا، فاستقراء نص المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية الاماراتي ونظيراتها في الدول العربية والأجنبية يدل على أنه لا يُشترط لقيام هذه الجريمة توافر القصد الجنائي لدى المزور أو المقلد بدليل أن البند الأول من المادة المشار إليها يقضي بمعاقبة كل من زوّر علامة تجارية تم تسجيلها طبقاً للقانون أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور، وعندما أشارت نفس المادة في نفس البند لاستعمال العلامة التجارية المزورة أو المقلدة استلزمت لتوقيع العقوبة أن يكون الاستعمال بسوء القصد، الأمر الذي يُستشف منه أن سوء النية يُعتبر ركناً لقيام

(١) أنظر نقض فرنسي ٢٤ يونيو ١٩٨٨م، دالوز ١٩٨٨ ص٥٣٧.

جريمة استعمال العلامة التجارية المزورة أو المقلدة إلا أنه لا يُعتبر ركناً لقيام جريمة تزوير العلامة وتقليدها.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي بهذا الصدد أن تعمُّد إسقاط المشرع لسوء النية في جريمتي التزوير والتقليد نابع من عدم احتمال تصوّر حسن النية فيهما، وذلك استناداً إلى أن المشرع قد حدد طريقة إشهار العلامات التجارية عن طريق قيدها في سجلٍ خاصٍ بها مما يجعل واقعة العلم بالعلامة التجارية مستفادة من تسجيلها. وبمعنى آخر، فإن تسجيل العلامة يُشكل قرينة لا تقبل اثبات العكس على علم الكافة بها وبأوصافها وبشكلها، الأمر الذي يتعذر معه قبول الادعاء بحسن نية مقلّدها أو بجهله بوجود العلامة المسجلة[1].

والاتجاه السائد في النظام الانجلوسكسوني أن هذه الجريمة تقوم دونما حاجة لإثبات النية الجرمية أو القصد الجنائي mens rea فقد ذكر Lord Goddard أثناء نظر قضية: Allard v. Selfridge (1925) I K.B. 129 (عندما يحظر تشريع ما تصرفاً ما فإن مباشرة التصرف بحد ذاتها تُشكل القصد الجنائي، فلا يُعتبر دفعاً مجرد الاحتجاج بأنني "لم أكن أظن بأن ما كنت أفعله يرقى لمباشرة شيء ممنوع قانوناً وإلا فإننا نسمح للجهل بالقانون أن يُشكل دفعاً")[2].

---

(١) أنظر: D' Eugéne Pouillet, Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale de tous genres éd. 1912 no 306, P. 280.

أشار لذلك محسن شفيق، القانون التجاري المصري، المرجع السابق ص٥٤٧.

(٢) Where a statute forbids the doing of a certain act, the doing of it itself supplies mens rea. It is no defence to say "I did not think that what I was doing amounted to the doing of simething forbidden by the Act". would be allowing ignorance of the Law to be set up as a defence.

كما ورد في الحكم في قضية: Shantilal v. Dhanji (1961) 63 Bombay Law Reporter at 72, 74 "أن جريمة التزوير تكتمل بمجرد إقامة الدليل على توافر الأفعال التي تعتبرها المادة (٤٨٦) مكونة للجريمة، فالمادة لا تشير للقصد الجنائي أو النية الجرمية"[١].

ولكن من الواضح أن هذا النظام يسمح للمقلد أو المزور بإقامة الدليل على أنه قد تصرّف بحسن نية ودون تعمُد التضليل[٢].

واتساقاً مع توجّه جانب من الفقه الفرنسي ذهب جانب من الفقه العربي إلى أن خلو النصوص من الاشارة للقصد الجنائي دليل على أن الفعل المادي يُعد جريمة من غير حاجة لإثبات سوء نية المتهم وذلك تأسيساً على أن المشرع افترض فيمن يختار علامة تجارية لتمييز منتوجاته أو خدماته أن يقوم بالكشف مقدماً في سجل العلامات التجارية -إذا كان حسن النية- عن أي علامة مشابهة لتفادي تهمة تقليد أو تزوير علامة تجارية سبق تسجيلها، فإن لم يفعل ذلك فإن تصرفه ينهض دليلاً على سوء نيته لعدم اتباعه الأسلوب السليم في تفادي وقوعه في الخطأ، خاصة وأن من العسير الادعاء بأن التشابه إنما جاء بمحض الصدفة[٣].

(١) The offence of counterfeiting will be complete as soon as the various acts mentioned in the section (486) as forming ingredients of the offence have been established.The section makes no reference to mens rea or a guilty state of mind.

(٢) That he had acted without intent to defraud.

أنظر: Trade Marks and Passing-off by Narayanan, op. cit, p. 643.

(٣) أنظر محمد حسني عباس، التشريع الصناعي ١٩٦٧ ص٢٦٢ وأنظر سميحة القليوبي، الملكية الصناعية المرجع السابق رقم ٢٠٢ هامش ص٣١٩، وأنظر مصطفى طه، مبادىء القانون التجاري ١٩٦٢ رقم ٩٧٢.

وذهب البعض الآخر إلى ضرورة توافر القصد الجنائي، فإن انتفى فلا جريمة[1]. وذهب جانب ثالث من الفقه[2] إلى وجوب التمييز بين جريمة التزوير وجريمة التقليد حيث ذكر بأن جريمة التزوير لا تتطلب إثبات سوء النية، فمجرد القيام بفعل التزوير لعلامة مسجلة يُعتبر عملاً خاطئاً يستوجب العقاب، ويستفاد التزييف من كل خلط ينطوي على الغش بقصد الاضرار بالمشتري أو خداعه؛ أما التقليد فإنه يجب أن يتم بقصد الغش وخداع جمهور المشترين بالنسبة لحقيقة المنتجات المباعة أو المعروضة للبيع. ويستند هذا الجانب إلى أن نص المادة (٣٣) من القانون يعاقَب على التزوير دون قيد "كل من زوّر علامة سبق تسجيلها طبقاً للقانون أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور" بينما يشترط لتوقيع العقوبة على التقليد أن يكون قد تم بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور بالنسبة للمظهر الخارجي للعلامة وبطريقة من شأنها إحداث اللبس بين العلامتين، وهو ما يُفهم منه أن التقليد يجب أن يكون متعمّداً وأن يقصد به إحداث التضليل.

ويسير مع التوجه الأخير يعقوب صرخوه[3] بحجة أنه يتفق مع ما جاء في نص المادة ١/٩٢ ومع منطق الأشياء إذ أن التزوير هو تزييف كامل للعلامة بحيث يصعب القول بوجود مصادفة في ايداع علامة تجارية مطابقة لعلامة أخرى وتستعمل لترويج منتجات معينة. أما التقليد فيجب أن يكون بقصد تضليل جمهور المستهلكين وحمله على شراء منتجات تحمل نفس العلامة الأصلية وصولاً لترويج بضاعة متدنية

(١) أنظر محمد صالح، شرح القانون التجاري ١٩٤٩ ص٢٠٦، وأنظر محسن شفيق، القانون التجاري المصري المرجع السابق ص٥٤٧.

(٢) أنظر أكثم الخولي، القانون التجاري، جـ١، المرجع السابق رقم ٨٦ ص٢١٥.

(٣) أنظر مؤلفه النظام القانوني للعلامات التجارية، المرجع السابق رقم ٨٦ ص٢١٥.

في النوع وطمعاً في الحصول علي مكاسب مادية وهو عمل يتصف بعدم الصدق والأمانة والشرف وهى الصفات التي يُفترض توافرها في المعاملات التجارية.

والرأى عندنا أنه ينبغي أن لا يُحمّل نص المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية ونظيراتها في قوانين الدول الأخري فوق ما يحتمل بحيث يُعتبر مجرد القيام بفعل التزوير عملاً خاطئاً يستوجب العقاب في حين ينبغي أن يتم التقليد بقصد الغش وخداع الجمهور حتى يستوجب العقاب، فصياغة النص قد وردت دون الاشارة لغش وتضليل الجمهور بالنسبة للتزوير لأن التزوير عبارة عن نقل العلامة الرئيسية أو نقل الأجزاء الرئيسية منها نقلاً يكاد يكون حرفياً، الأمر الذي يؤدي بداهةً وحتماً للتضليل بالنسبة لمصدر المنتجات التي تميزها العلامة المزورة ولا يستلزم بالتالي ضرورة النص على غش الجمهور وتضليله؛ أما التقليد فهو اصطناع علامة أصلية أو محاكاتها محاكاة من شأنها أن تؤدي للتضليل مما لا يجعل التقليد مجرّماً إن لم يؤدِ إلى احتمال ترتُب هذه النتيجة، وعليه فلا مجال للتمييز بين عمليتي التزوير والتقليد إذا كان من شأن أيٍ منهما أن تؤدي لتضليل الجمهور.

ومن جانب آخر، فإننا لا نرى أن تسجيل العلامة الأصلية يُعتبر قرينة لا تقبل اثبات العكس على علم الكافة بها وبأوصافها بحيث يتعذر قبول الادعاء بحسن نية مقلدها طالما لم يعمد إلى الكشف مقدماً في سجل العلامات التجارية عن أي علامة مشابهة. فبلادنا العربية لم ترتّب للسجل التجاري ولا لسجل العلامات التجارية مثل هذه الحجية. فكما ذكر البعض لدى مناقشة رأى القائلين بعدم مسؤولية الشركة عن تصرفات المدير التي يتجاوز فيها صلاحياته إذا سبق اشهار القيود على

تلك الصلاحيات عن طريق قيدها في السجل التجاري "يجب أن نقيم وزناً للحقائق العملية"(١) فمن العسف أن يكلف شخص بالنظر في سجل هائل للعلامات التجارية لتبيّن ما إذا كانت علامته التي سيختارها مشابهة لعلامة أخرى أم لا، خاصة وأن تسجيل علامته سيمر بهذه المرحلة من التقصي من قبل الجهات المختصة قبل اعتماد ذلك التسجيل.

ونرى بهذا الصدد أنه ينبغي التمييز بين حالتين: فإذا كان القائم بعمليتي التزوير والتقليد تاجراً أو منتجاً أو مقدم خدمة يُراد للعلامة المزورة أو المقلدة أن تميزها فإن الفعل المادي يُعد جريمة حيث تقضي المادة (٣٨) من القانون الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٨٧م بإصدار قانون العقوبات الاماراتي بأن الركن المعنوي يتكون من العمد أو الخطأ، ويتوفر العمد باتجاه إرادة الجاني الي ارتكاب فعل أو الامتناع عن ذلك متى كان هذا الارتكاب أوالامتناع مجرّما قانوناً وذلك بقصد إحداث نتيجة مباشرة أو أية نتيجة أخرى مجرّمة قانوناً يكون الجاني قد توقعها. فمما لاشك فيه أن التاجر أو مقدم الخدمة الذي يعمد لتقليد أو تزييف العلامة يتوقع حتماً النتيجة المترتبة على التزوير أو التقليد وهى تضليل الجمهور بالنسبة للسلعة أو الخدمة التي تميزها العلامة. وبمعنى آخر فإن المشرع يفترض سوء نيته افتراضاً يقبل إثبات العكس، بمعنى أنه لا يستطيع الافلات من العقوبة التي قررها المشرع على جريمتي التزوير أو التقليد إلا بإثبات حسن نيته.

أما إذا كان القائم بعمليتي التزوير أو التقليد شخصاً آخر منبّت الصلة بالسلعة أو الخدمة التي تميزها العلامة كما لو كان رساماً هاوياً مثلاً فمن الصعب افتراض

(١) أنظر بحثنا المعنون "مسؤولية الشركة عن أعمال المدير في مواجهة الغير" مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد ٦ سبتمبر ١٩٩٢م ص٥١١.

توقعه للنتيجة المجرّمة قانوناً وهى تضليل الجمهور بالنسبة للسلع والخدمات، خاصة وأنه يفتقر للمصلحة أو المنفعة من وراء التزوير أو التقليد، وعليه، فلا بد لقيام الجريمة وبالتالي ترتب العقوبة من توفر القصد الجنائي عن طريق إثبات سوء نيته حيث أن الأصل في الحالة الأخيرة افتراض حسن النية الي أن يُقام الدليل على العكس.

ثانياً: جريمة استعمال علامة تجارية مزوّرة أو مقلّدة

أشارت لهذه الجريمة المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية في نهاية بندها الأول إذ قضت: "وكل من استعمل بسوء القصد علامة تجارية مزورة أو مقلدة"[١]. فبذا يكون المشرع قد جرّم مجرد استعمال العلامة التجارية المزورة أو المقلدة حتى لو كان مستعملها شخصاً غير الشخص الذي قام بالتزوير أو التقليد؛ وقرر عقوبة على ذلك تتمثل بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. وغنى عن القول إن سبب التجريم يعود إلى أن هذا الاستعمال يؤدي الى الوصول الى ذات المستهلكين للسلعة المقترنة بها العلامة أو يؤدي الى نشوء الاعتقاد لديهم بتطابق المنشأتين المتنافستين أو بأن إحداهما فرع للأخرى[٢].

(١) انسجاماً مع ذلك قضت المادة ٣/٥ من القرار الوزاري رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٤م باللائحة التنفيذية للقانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٩م الاماراتي في شأن قمع الغش والتدليس في المعاملات التجارية بأنه يُحظر على التاجر أو الصانع أو المنتج استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق مع علمه بذلك.

(٢) أنظر محمد حسين اسماعيل، الحماية الدولية للعلامات التجارية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، جامعة القاهرة ١٩٧٨ ص٢٩٨.

ولئن كان منطقياً أن توقع العقوبة المشار اليها على مالك البضاعة التي استعملت العلامة التجارية المزورة أو المقلدة لتمييزها وصولاً لاجتذاب العملاء وتحقيق الربح، فهل تُوقع العقوبة على العاملين لديه الذين يتولون عملية لصق أو تثبيت العلامة المزورة أو المقلدة على البضاعة؟

يبدو أن المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية الاماراتي ونظيراتها في الدول العربية لم تتعرض لهذه المسألة تاركةً ذلك للقواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية تأسيساً على التبعية[١] إلا أن التشريعات الانجلوسكسونية -كعهدها في الاهتمام بالجزئيات- تقرر أن بإمكان أى من هؤلاء أن يتحاشى توقيع العقوبة عليه إذا أثبت ما يلي (المادة ٨٦ من قانون العلامات التجارية الهندي):

أ- أنه مرتبط بعقد عمل لدى الغير وأن المهمة الموكولة إليه تتضمن لصق أو تثبيت العلامات على البضائع.

ب- وأنه في القضية موضوع الدعوى لا يعدو كونه عاملاً لدى صاحب البضاعة وأن لا مصلحة له في تسويقها.

---

(١) تقضي المادة ٣٨ من القانون المصري رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة بأن "يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه مسؤولَيْن معاً عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون" فبذا تُعتبر مسؤولية مستغل المحل ومديره عن الجرائم التي تقع فيه مفترضة تأسيساً على واجبهما في الاشراف والرقابة للحؤول دون وقوع الجريمة فإذا ما وقعت قامت بذلك قرينة قانونية على أن المسؤول قد أخلّ بواجب الاشراف والرقابة الملقى على عاتقه ولو لم يكن قد ارتكب الفعل المادي للجريمة ولو لم يكن عالماً بها.

أنظر: محمود عثمان الهمشري، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير، رسالة دكتوراة ١٩٦٩ ص٢١٤-٢١٦.

جـ- وأنه لا يملك أية مؤشرات أو شكوك بخصوص عدم أصالة العلامة التجارية المطلوب إلصاقها أو تثبيتها.

د- وأنه قدّم كافة المعلومات المتوفرة لديه والمتعلقة بالأشخاص أو العلامة المزورة أو المقلدة بمجرد طلبها من الجهات المختصة[1].

وعلى هذا النحو كان يجري العمل في البحرين أثناء خضوعها للحماية البريطانية، فطبقاً للمادة (٦٢) من لائحة الامتيازات الصناعية والتصميمات والعلامات التجارية لسنة ١٩٥٥م والتي أُلغِيَت بالمرسوم بقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٧٧م فإنه "لا شيء في هذا المرسوم يجعل شخصاً مسؤولاً عن أى جرم إذا اقنع المحكمة:

أ- بأن التعدي كان بريئاً ضمن منطوق المادة ٤٨ منه، أو

ب- أنه -هذا إذا كان شخصا مستخدما- قد عمل بحسن نية في مضمار عمله وإطاعةً لأوامر سيّده أو رئيسه، أو

جـ- قد عمل بموافقة الشخص الذي يحق له إعطاء تلك الموافقة أو بتخويل منه أو قد عمل بحسن نية وبدون أى قصد بالغش"[2].

ولئن كان تزوير العلامة أو تقليدها يتم كمقدمة لاستعمال العلامة المقلدة أو المزورة إلا أن ذلك الاستعمال قد يباشَر من قبل غير المزور أو المقلد، كما لو

---

(١) أنظر: Law of Trade Marks and Passing-off by Narayanan, op.cit, 657.

(٢) أنظر: العلامات التجارية في الدول العربية الخليجية، من اصدارات اتحاد الغرف العربية الخليجية، الطبعة الأولى يناير ١٩٨٨م ص٤٦ وما بعدها.

عمد شخص لشراء محل تجاري يضم بين عناصره علامات مزورة أو مقلدة واستمر هذا المشتري في استعمال تلك العلامات رغم علمه بتزويرها أو تقليدها.

والملاحظ أنه يُشترط لقيام هذه الجريمة وبالتالي توقيع العقوبة -خلافاً لما عليه الحال بالنسبة لجريمة تزوير العلامة أو تقليدها- أن يكون مستعمل العلامة سيىء النية أى يعلم سلفاً بأنه يستعمل علامة مزورة أو مقلدة، وأن يكون هدفه من الاستعمال أن يختلط الأمر على المستهلك بخصوص مصدر المنتجات، أما إذا كان يجهل ذلك وأثبت حسن نيته عن طريق إقامة الدليل على عدم علمه بواقعتي التزوير أو التقليد فلا مجال لتوقيع العقوبة المنصوص عليها في المادة (٣٧) من القانون. والأصل أن لا يُعتبر مستعمل العلامة المزورة أو المقلدة سيىء النية بل يُفترض أنه حسن النية إلى أن يثبت المدعى خلاف ذلك على العكس مما عليه الحال بالنسبة للتزوير أو التقليد.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في دبي في الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ١٩٩٠م في حكمها الصادر في ١٩٩١/٤/٢٨م بأن "حسن النية أمر مفترض ما لم يثبت صاحب الشأن سوء نية مستعمل العلامة التجارية المقلدة أو الموضوعة بغير حق"[١].

وخلافاً لذلك، فإن الاتجاه السائد في الدول الانجلوسكسونية هو افتراض سوء نية مستعمل العلامة المزورة أو المقلدة، بمعنى أنه يُعتبر مذنباً مال لم يثبت أن تصرفه لم يكن بقصد الغش أو الخداع Unless he proves that he had acted without

(١) مشار لذلك في مجلة القضاء والتشريع التي تصدر عن محكمة التمييز بدبي، العدد الثاني يناير ١٩٩٣م ص٣٣٦.

intent to defraud. وفي بيـان المقصـود بعبـارة "without intent to defraud" ذكـر Mathew J. في قضيـة Starey v. Chilworth (1889) 34 QB.D. 90 at 96 "أن هـذه العبارة تنطبق على الحالات التي يستعمل فيها شخص ما علامة تجارية معينة دون أن تنصرف نيته من جراء هذا الاستعمال لإغراء مشترٍ بقبول بضاعة لم يكن ليقبلها بدون ذلك الاستعمال"[1].

ولايشترط لوقوع هذه الجريمة أن يتم الاستعمال بوضع العلامة على السلع والمنتجات بل يكفي استعمالها بأى طريق كوضعها على العبوة التي تحوي السلع Package containing the goods أو استعمالها في أحد المعارض أو الاعلان عنها على واجهة المحل أو إلى جوار الاسم التجاري للمحل أو في نشرات تُوزّع على الجمهور والمستهلكين[2].

هذا، وتجد الاشارة إلى أن القانون اللبناني يُعاقب على الاستعمال الشفهي لعلامة الغير[3]، كما لو طلب عميل سلعة معينة تحمل علامة محددة فسلّمه التاجر سلعة أخرى لا تحمل نفس العلامة المحددة؛ كما يعاقب على استعمال علامة تحمل بيانات من شأنها غش المشتري بشأن نوع السلعة حتى ولو لم يقع اعتداء على علامة أخرى.

(١) Where a person uses a particular trade mark without any intent in so doing to induce a buyer to accept goods which might otherwise be rejected.

(٢) أنظر محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، المرجع السابق رقم ٣٩٠ ص٣٤١.

(٣) أنظر المادتين: ١٠٥ و١٠٦ من القرار رقم ٢٣٨٥ الصادر بتاريخ ١٧ كانون ثاني ١٩٢٤ المتعلق بتنظيم الملكية الصناعية؛ وأنظر الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، المرجع السابق ص٢٥٩.

ثالثاً: جريمة اغتصاب علامة مملوكة للغير

تناولت هذه الجريمة المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية في بنديها الثاني والثالث إذ قضت بتوقيع عقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم أو بتوقيع إحدى العقوبتين على "كل من استعمل بغير حق علامة تجارية مسجلة مملوكة لغيره" و "على كل من وضع بسوء القصد على منتجاته علامة تجارية مسجلة مملوكة لغيره"[١].

وقبل تناول هذه الجريمة بالشرح تجدر الاشارة إلى أن مضمون البند الثاني من المادة ٣٧ المشار اليها مطابق في معناه لمضمون البند الثالث من نفس المادة حيث أن قيام شخص "بوضع علامة تجارية مسجلة مملوكة لغيره على منتجاته" لا يعدو كونه "استعمالا بغير حق لعلامة تجارية مسجلة مملوكة لذلك الغير"، الأمر الذي يجعل دلالة النصين واحدة ويتعين معه بالتالي الاكتفاء بأحد البندين فقط أو إدماجهما معاً على نحو ما ذهبت اليه التشريعات الأخرى[٢].

(١) تطبيقاً لذلك تقضي المادة ٦ من اللائحة التنفيذية لقانو ن قمع الغش والتدليس في المعاملات التجارية بحظر إدخال البضائع المستوردة للدولة إذا كانت تحمل علامة أو بيانا زائفا أو مضللا للمنشأ أو المصدر سواء كانت العلامات أو البيانات على البضاعة عينها أو على أغلفتها أو على أحزمتها، كما صدر أمر إداري عن مدير بلدية دبي يحمل الرقم ١٥٠ لسنة ١٩٨٨ تاريخ ١٩٨٨/٦/٤م يقضي في مادته الأولى بحظر إدخال أية بضاعة لامارة دبي إذا كانت تحمل علامة أو بيانا زائفا أو مضللا للمنشأ أو المصدر سواء كانت العلامات على البضاعة أو على أغلفتها أو على أحزمتها.

(٢) اكتفت المواد ٢/٩٢ تجارة كويتي و٢/٤٩ من نظام العلامات التجارية السعودي و٣٤/ب قطري و٢/٣١ بحريني و٢/٣٣ مصري بالنص على "كل من وضع وهو سيىء النية على منتجاته أو استعمل فيما يتعلق بخدماته علامة مملوكة لغيره". أما قانون العاملات التجارية العماني فلم يُشر لهذه الجريمة إطلاقا وهو نقص شريعي كان ينبغي تداركه.

وهكذا، فإن جريمة اغتصاب علامة تجارية مملوكة للغير تقوم بتوافر العناصر التالية:

١- العنصر المادي المتمثل بقيام شخص بوضع علامة تجارية مسجلة حقيقية وغير مقلدة تخص شخصا آخر على منتجاته أو سلعه التجارية المماثلة لمنتجات وسلع صاحب العلامة الأصلية وذلك لتسهيل تصريفها في السوق مما يؤدي لتضليل الجمهور فيما يتعلق بحقيقة تلك المنتجات، كما تقوم حين يعمد شخص ما لاستعمال علامة تجارية مملوكة لغيره لتمييز خدماته هو لا خدمات ذلك الغير.

وغالباً ما تقع هذه الجريمة باستعمال أغلفة أو زجاجات أو أكياس تحمل العلامة الحقيقية للغير فتعبأ بمنتوجات أو مشروبات مختلفة عن تلك التي خصصت لها العلامة الحقيقية، ولذا فإن هذه الجريمة تُعرف بجريمة الملء أو التعبئة delit de remplissage وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض المصرية بأن "مجرد استعمال المتّهم زجاجات فارغة تحمل علامة تجارية وتعبئتها بمياه غازية أيّاً كان نوعها أو لونها وعرضها للبيع أو حيازتها مع علمه بأن هذه العلامة مملوكة لآخر (الشركة الكوكاكولا المسجلة) ومن حقه استعمالها يكون مستوجبا للعقاب طبقاً للقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩م"[1].

٢- العنصر المعنوي المتمثل بسوء القصد لدى الفاعل أى انصراف نيته لاستعمال العلامة الحقيقية التي تتمتع بثقة معينة لتمييز منتوجاته وتضليل

(١) حكم محكمة النقض المصرية (جنائي) جلسة ١٢ ديسمبر ١٩٤٩م في الطعن رقم ١٢٠٢ سنة ١٩ق. أشار اليه معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم الغش والتدليس، المرجع السابق ص٢٩٤.

الجمهور[1]. ومن هنا، فمن المتعين أن تكون المنتوجات من نفس النوع أو من نوعين متقاربين بحيث يقع الالتباس لدى الجمهور بشأنها. وبناءً على ذلك، فإن هذه الجريمة لا تقوم عندما تستخدم العلامة لتمييز منتوجات مختلفة، كما لو استخدم شخص زجاجات فارغة تحمل علامة صنف معين من المشروبات الغازية فعبأها بزيت الزيتون مثلاً، نظراً لأن مشتري الزيت المعبأ بالزجاجات يعلم دون شك بالاختلاف بين طبيعة المنتوجات التي تمثلها العلامة وطبيعة المنتوجات التي يشتريها، وليس من المعقول أن يلتبس عليه الأمر أو يحصل خلط في ذهنه بشأنها[2].

هذا، ويقع عبء اثبات سوء نية الفاعل على المدعى، ويمكنه الاستعانة بهذا الصدد بكافة الأدلة والقرائن مثل وجود عدد كبير من الزجاجات الفارغة أو الأكياس التي تحمل العلامة الحقيقية في مخازن التاجر تمهيدا لتوزيعها على الجمهور[3].

رابعاً: جريمة بيع المنتجات التي تحمل علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق أو عرضها للبيع أو للتداول أو حيازتها بقصد البيع :

تناولت هذه الجريمة المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية في بندها الرابع إذ قضت بتوقيع عقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم أو بإحدى

---

(١) تقضي المادة ٧٨ من قانون العلامات التجارية الهندي لسنة ١٩٥٨م بمضاعفة العقوبة إذا تمثلت البضاعة التي وضعت عليها العلامة بالمواد الغذائية Food أو العقاقير الطبية Drugs.

أنظر: P. Narayanan, Law of Trade Marks and Passing off, op. cit, P. 726

(٢) أنظر الياس ناصيف، المرجع السابق ص٢٦٠.

(٣) أنظر سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق رقم ٢٠٤ ص٣٢١.

هاتين العقوبتين على كل من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق مع علمه بذلك[1].

ويتضح من خلال النص السابق أنه يلزم لقيام هذه الجريمة توافر ركنين هما:

١- الركن المادي المتمثل إما ببيع السلعة التي تحمل علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مغتصبة أو بعرض تلك السلعة للبيع أو للتداول أو بحيازتها بقصد البيع وذلك سواء كان البائع أو العارض أو الحائز للمنتجات المشار إليها هو المزور أو المقلد للعلامة أو لم يكن كذلك.

وهكذا فإن بيع سلعة تحمل علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مغتصبة يُعتبر جريمة تستحق العقوبة المشار إليها سواءً حقق البائع ربحا أم لم يحقق، وسواءً وقع الفعل مرة واحدة أو عدة مرات[2]، وسواءً تلقى مقابلاً نقدياً أم عينياً، وسواءً كانت السلع المباعة بنفس درجة الجودة التي تتصف بها البضائع التي تحمل

---

(١) تُقابلها المواد٣/٩٢ تجارة كويتي و٣٤/ج قطري و٣/٤٩ سعودي و٣/٣١ بحريني و٢/٣١ عماني و٣/٣٣ مصري. واتساقا مع ما سبق، وعقوبة على الغش في المعاملات التجارية تقضي المادة ٤٢٣ من القانون التحادي رقم ١٣ لسنة ١٩٨٧ باصدار قانون العقوبات الاماراتي بما يلي: مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد يُعاقَب بالحبس والغرامة أو باحدى هاتين العقوبتين كل من غش متعاقدا معه في حقيقة بضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو العناصر الداخلة في تركيبها أو نوع البضاعة أو مصدرها في الأحوال التي يعتبر فيها ذلك سببا أساسيا في التعاقد أو في عدد البضاعة أو مقدارها أو قياسها أو كيلها أو وزنها أو طاقتها أو في ذاتية البضاعة إذا كان ما سلم منها غير ما تم التعاقد عليه. ويعاقَب بذات العقوبة من استورد أو اشترى أو روج هذه البضاعة بقصد الاتجار فيها وهو يعلم حقيقتها.

(٢) يؤدي تكرار البيع لقيام جريمة واحدة مستمرة حيث أنها تُرتكب تنفيذا لقصد جنائي واحد [محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، المرجع السابق ص٣٨].

العلامة الحقيقية أم لا وذلك شريطة أن تكون السلع والمنتجات التي تحمل العلامة المزورة أو المقلدة مشابهة أو مماثلة للسلع والمنتجات التي تحمل العلامة الحقيقية.

أما التنازل عن السلعة للغير بدون مقابل عن طريق الهبة فلا يؤدي لقيام الجريمة السابقة[١]، علماً بأن العقوبة إنما تقع هنا على البائع لا على المشتري إلا إذا عمد ذلك المشتري لاستعمال المنتوجات المشار إليها في التجارة فيما بعد.

وعلاوةً على ذلك، فإن عرض تلك السلع للبيع أو للتداول عن طريق وضعها في المحل التجاري أو في المخازن أو في أى مكان تمهيدا لبيعها أو تداولها يأخذ حكم البيع؛ ويأخذ نفس الحكم أيضا العرض للبيع عن طريق إرسال كتالوجات وعينات للعملاء وإظهار مزايا هذه البضائع[٢].

كما أن حيازة السلعة بقصد البيع تُعدّ فعلاً معاقباً عليه سواءً كان الحائز هو المالك للبضاعة أم وكيلاً بالعمولة، فمن توجد لديه السلعة التي تحمل علامة تجارية مزورة أو مقلدة ويحوزها حيازة عارضة يستحق العقاب ولن يُلتفت إلى ما يثيره من دفع بأنه ليس المالك لها وأن البضاعة تخص الغير حيث أننا هنا إزاء حيازة غير مشروعة يجرّمها القانون[٣].

(١) أنظر حكم محكمة الاستئناف العليا في الكويت دائرة التمييز في الطعن بالتمييز المقيد بالجدول رقم ١٩٨٧/١٦١ جزائي جلسة ١٩٨٨/١/١٨م غير منشور أشار إليه يعقوب صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية رقم ٩ ص٢١١.

(٢) أنظر سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق رقم ٢٠٥ ص١١٢.

(٣) أنظر حسني الجندي، قوانين قمع الغش والتدليس، الحماية الجنائي للمستهلك، الكتاب الأول، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٦ ص٢٥٥.

أما حيازة السلعة بقصد الاستعمال فلا تُعدّ جريمة حتى لو كان الحائز يعلم أن تلك المنتوجات تحمل علامة مزورة أو مقلدة.

٢- الركن المعنوي المتمثل بسوء نية الفاعل أى علمه أنه يبيع أو يعرض للبيع أو للتداول أو يحوز بقصد البيع بضائع تحمل علامات تجارية مزورة أو مقلدة أو مغتصبة[١]. والأصل هو افتراض حسن نية البائع أو العارض أو الحائز بقصد البيع، وعلى من يدّعي خلاف ذلك اثبات ما يدعيه، ويمكنه بهذا الصدد الاستعانة بقرائن الأحوال كبيع المنتجات التي تحمل العلامة المقلدة بأثمان مخفضة، وكون التاجر المتهم خبيراً بصنف البضاعة الأمر الذي يتعذر معه افتراض حسن نيته، وعدم ذكر اسم التاجر الذي ورّد للمتهم تلك المنتجات[٢].

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه "واضح من نص المادة ٣/٣٣ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩م الخاص بالعلامات والبيانات التجارية[٣] أن من يبيع أو يعرض للبيع أو للتداول منتجات عليها علامة مقلدة لا يؤاخذ إلا إذا علم بهذا التقليد، وعلى مدعي العلم بالتقليد اثباته، فمتى تمسك المستأنف بأنه كتاجر اشترى البضاعة التي تحمل العلامة المقلدة وهو يجهل تقليدها، يُعزّز ذلك ما شاهده على العلامة من بيان يؤيد أنها مسجلة (وهى في الحقيقة لم تسجّل) ولم يُقدم صاحب العلامة المقلدة أى دليل على علم المستأنف بتقليد العلامة إلا ما نسبه إليه من أنه كان يعرض كل ما في حيازته من المنتجات المقلدة في

(١) أنظر محمد منصور أحمد، جريمة الغش التجاري في المعاملات التجارية ١٩٨٥ ص١١٢.
(٢) أنظر محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، المرجع السابق رقم ٣٩٢ ص٣٤٧.
(٣) تقابلها المادة ٤/٣٧ من قانون العلامات التجارية الاماراتي.

واجهة محله، فليس في هذا ما يؤيد سوء نيته، ولم يثبت وجود علاقة بين هذا التاجر (المستأنف) وبين الذي قام بتقليد العلامة تؤيد تواطؤه معه، كما لم يثبت من جهة أخرى وقوع خطأ من هذا التاجر (المستأنف) في فحص العلامة المقلدة"[1].

وتجدر الاشارة أخيراً إلى أنه إذا حال حسن النية دون إنزال العقوبة الجزائية بالمدعى عليه، فإن ذلك لا يحول دون المدعي والمطالبة بالحق المدني الذي يتمثل بضرورة وقف الاعتداء على علامته والمطالبة بالتعويض ومصادرة البضاعة التي تحمل العلامة المقلدة أو المزورة.

خامساً: جيرمة عرض تقديم خدمات تحت علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مستعملة بغير حق:

تناولت هذه الجريمة المادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية في بندها الخامس إذ قضت بعقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين على كل من عرض تقديم خدمات تحت علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مستعملة بغير حق مع علمه بذلك[2].

---

(١) محكمة استئناف القاهرة، الدائرة الثامنة التجارية بتاريخ ١٩٥٦/٦/١٢م الاستئنافات التي تحمل الأرقام ٣١٧ و٣٣٢ و٣٨٨ و٤٢٣ سنة ٧٣ ق. أشار لذك عبد المعين لطفي جمعه، موسوعة القضاء في المواد التجارية، المرجع السابق رقم ٦٢٠ ص٣٠٣.

(٢) ورد النص على هذه الجريمة في المواد ٣/٣١ بحريني و٣/٤٩ سعودي و٣٤/ج قطري حيث ذكرت هذه التشريعات في نهاية المواد المشار اليها عبارة: وكذلك كل من عرض خدمات في ظل العلامة مع علمه بذلك أما المشرعان الكويتي والعماني فلم يشيرا لهذه الجريمة.

وتجدر الاشارة هنا إلى أن هذه الجريمة تماثل تماما الجريمة المشار اليها في البند الرابع من المادة ٣٧ من قانون العلامات التجارية إذ أنها تستلزم توافر ركنين: أحدهما مادي يتمثل في عرض تقديم خدمات تميزها علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مغتصبة، وسواءً كان التزوير أو التقليد أو الاغتصاب واقعا من مقدم الخدمة ذاته أو من غيره. والآخر معنوي يتمثل في سوء نية مقدم الخدمة أى بعلمه أنه يقدم خدمة في ظل علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مغتصبة.

سادساً: جريمة استعمال علامة تجارية ممنوعة قانوناً

تناولت هذه الجريمة المادة ٣٨ من قانون العلامات التجارية في بندها الأول إذ قضت بأن يعاقَب بالحبس مدة لا تجاوز سنة والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم ولا تزيد على عشرة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استعمل علامة غير قابلة للتسجيل وفقاً لما هو منصوص عليه في البنود ٢ و٣ و٤ و٥ و٦ و٨ و٩ و١٠ و١١ و١٢ من المادة الثالثة من هذا القانون[١].

فمن المعلوم أنه يشترط لصحة العلامة التجارية توافر شروط هى: الصفة المميزة الذاتية والجدة والمشروعية. وتعتبر العلامة التجارية غير مشروعة إذا ما خالفت نصاً قانونياً أو جاءت مخالفة للنظام العام أو حسن الاداب.

وقد تعرضت المادة الثالثة من قانون العلامات التجارية بصورة عامة لما يعتبر علامات غير مشروعة وبالتالي حظرت تسجيله كعلامة تجارية أو كعنصر منها.

---

(١) تقابلها المواد ٢/٣٤ مصري و٢/٥٠ سعودي و١/٣٥ قطري و٤/٣١ بحريني، ولم يشر المشرعان الكويتي والعماني لهذه الجريمة.

ومن هنا جاء نص البند الأول من المادة ٣٨ من قانون العلامات التجارية ليقضي بتوقيع العقوبة الجنائية المشار اليها على من يخالف ذلك الحظر فالمشرع لم يحظر تسجيل هذه العلامات عبثاً وليس من المنطق أن يحظر تسجيلها ويسمح باستعمالها في نفس الوقت. والعلامات التي لا يُسمح بتسجيلها هى:

أ- أية علامة تخل بالاداب العامة أو تخالف النظام العام[١].

ب- الشعارات العامة والاعلام وغيرها من الرموز الخاصة بالدولة أو المنظمات العربية أو الدولية أو إحدى مؤسساتها أو أية دولة أجنبية إلا بتفويض منها، وكذلك أى تقليد لتلك الشعارات أو الاعلام أو الرموز[٢].

ج- رموز الهلال الأحمر والصليب الأحمر وغيرها من الرموز الأخرى المشابهة وكذلك العلامات التي تكون تقليدا لها[٣].

د- العلامات المماثلة أو المشابهة للرموز ذات الصبغة الدينية المحضة[٤].

هـ- الأسماء الجغرافية إذا كان من شأن استعمالها أن يحدث لبساً فيما يتعلق بمنشأ البضاعة أو المنتجات أو الخدمات أو مصدرها[٥].

---

(١) مشار لذلك في المواد ٢/٣٤ مصري و٤/٣١ بحريني و٣٥/أ قطري.

(٢) مشار لذلك في المواد ٢/٣٤ مصري و٤/٣١ بحريني و٣٥/أ قطري.

(٣) مشار لذلك في المواد ٢/٣٤ مصري و٤/٣١ بحريني و٣٥/أ قطري وغير مشار إليه في المادة ٥٠ سعودي.

(٤) مشار لذلك في المواد ٢/٣٤ مصري و٤/٣١ بحريني و٣٥/أ قطري وغير مشار إليه في المادة ٥٠ سعودي.

(٥) مشار لذلك في المواد ٤/٣١ بحريني و٣٥/أ قطري وغير مشار إليه في المواد ٥٠ سعودي و٢/٣٤ مصري.

و- البيانات الخاصة بدرجات الشرف التي لا يثبت طالب التسجيل استحقاقه لها قانوناً[1].

ز- العلامات التي من شأنها أن تضلل الجمهور أو التي تتضمن بيانات كاذبة عن منشأ أو مصدر المنتجات أو الخدمات أو عن صفاتها الأخرى، وكذلك العلامات التي تحتوي على اسم تجاري وهمي أو مقلد أو مزور[2].

ح- العلامات المملوكة لأشخاص طبيعيين أو معنويين يكون التعامل معهم محظوراً[3].

ط- العلامات التي ينشأ عن تسيجلها لبعض فئات المنتجات أو الخدمات الحط من قيمة المنتجات أو الخدمات التي تُميزها تلك العلامة[4].

ي- العلامات التي تشمل الألفاظ أو العبارات الآتية: "امتياز" أو "ذو امتياز" أو "مسجل" أو "رسم مسجل" أو "حقوق الطبع" أو "التقليد يعتبر تزويراً" أو ما شابه ذلك من الألفاظ أو العبارات[5].

---

(١) مشار لذلك في المواد ٢/٣٤ مصري و٤/٣١ بحريني و٣٥/أ قطري وغير مشار إليه في المادة ٥٠ سعودي.

(٢) مشار لذلك في المواد ٢/٣٤ مصري و٤/٣١ بحريني وغير مشار إليه في المادة ٥٠ سعودي.

(٣) مشار لذلك في المواد ٤/٣١ بحريني و٣٥/أ قطري وغير مشار إليه في المواد ٢/٣٤ مصري و ٥٠ سعودي.

(٤) مشار لذلك في المواد ٤/٣١ بحريني و٣٥/أ قطري وغير مشار إليه في المواد ٢/٣٤ مصري و٥٠ سعودي، أنظر بهذا الصدد محمد حسين اسماعيل، الحماية الدولية للعلامات التجارية، المرجع السابق ص٢٩٨.

(٥) غير مشار لذلك في المواد ٤/٣١ بحريني و٣٥/أ قطري و٢/٣٤ مصري و٥٠ سعودي.

ويتضح جلياً من نص المادة ١/٣٨ من قانون العلامات التجارية أن هذه الجريمة تتحقق وبالتالي يستحق مستعمل العلامة التجارية غير القابلة للتسجيل العقوبة المشار إليها بمجرد توافر الركن المادي المتمثل باستعمال علامة غير قابلة للتسجيل ودونما حاجة لتوافر الركن المعنوي المتمثل بسوء نية ذلك المستعمل حيث أن سوء النية هنا مفترض طالما أن العلامة تتسم بعدم المشروعية[1].

سابعاً: جريمة إيهام الغير بتسجيل العلامة التجارية

تناولت هذه الجريمة المادة (٣٨) من قانون العلامات التجارية في بندها الثاني إذ قضت بأن يعاقَب بالحبس مدة لا تجاوز سنة والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف درهم ولا تزيد على عشرة الاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين "كل من دوّن بغير حق على علامته أوراقه بيان[2] يؤدي إلى الاعتقاد بحصول تسجيلها"[3].

ويتضح من نص المادة (٢/٣٨) المشار إليها أن جريمة إيهام الغير بتسجيل العلامة التجارية تتحقق بمجرد لجوء صاحب العلامة لمباشرة أى عمل من شأنه خلق الاعتقاد لجمهور المستهلكين بحصول تسجيل تلك العلامة، كما لو طبع نشرات

---

(١) ذكر اللورد Goddard أثناء نظر قضية Kat v. Dimrent (1951) 1 K.B. at 42 بهذا الصدد "أود أن أشير أنه حينما يحظر نص قانوني عملاً ما، فإن مباشرة العمل بحد ذاتها تحمل سوء النية mens rea حيث لا يُعتد بالاحتجاج بالجهل بالحظر، وإلا فمعنى ذلك السماح للجهل بالقانون ليشكل دفعاً allowing ignorance of the law to set up a defence.

(٢) ورد النص في المادة المشار إليها بذكر كلمة "بيان" مع أن المفروض أن تكون بياناً باعتبارها مفعولاً به للفعل "دوّن".

(٣) ورد النص على هذه الجريمة في المواد: ٢/٥٠ سعودي و٣٥/أ قطري و٥/٣١ بحريني و٣/٣٤ مصري.

تتضمن صورة العلامة وأضاف إليها رقم تسجيل نسبه إليها أو طبع محررات أو اعلانات أشار فيها إلى سبق تسجيله العلامة.

هذا وتتوسع التشريعات الانجلوسكسونية في تحديد مفهوم الايهام بتسجيل العلامة بحيث تعتبر الجريمة قائمة لا بمجرد الايهام الكاذب Falsely representing بتسجيل العلامة ذاتها وإنما كذلك بالايهام بأمور أخرى، فطبقاً للمادة (٦٠) من قانون العلامات التجارية الانجليزي لسنة ١٩٣٨م فإن عقوبة الغرامة توقع على كل من يوهم[١]:

أ- أن علامة تجارية مسجلة رغم عدم تسجيلها، أو

ب- أن جزءاً من علامة تجارية سبق تسجيلها مسجل خلافاً للواقع، أو

جـ- أن العلامة المسجلة تميز -خلافاً للواقع- بضاعة معينة، أو

د- أن تسجيل العلامة يُخول صاحبها -خلافاً للواقع- حقاً استئثارياً exclusive right باستعمالها دونما أية قيود.

ونرى أن مجرد توافر الركن المادي السابق يعتبر كافيا لقيام هذه الجريمة ودونما حاجة للتقصي عن توافر الركن المعنوي المتمثل بسوء نية مباشر جريمة الايهام حيث أن سوء النية هنا مفترض طالما لجأ التاجر لمباشرة أعمال منافية للحقيقة وصولاً لتضليل الجمهور وايهامه بتسجيل العلامة[٢]. فإرادة الجاني قد اتجهت إلى ارتكاب فعل

(١) أنظر: Blackstone's Statutes on Intellectual Property, edited by Andrew Christie and Stephen Gare, London 1992, p. 22.

(٢) خلافاً لذلك يرى فايز نعيم رضوان اشتراط سوء النية في هذه الجريمة. أنظر كتابه "مبادىء القانون التجاري" المرجع السابق رقم ٣٣١ ص٣٩٩.

مجرّم قانونا وذلك بقصد احداث نتيجة مباشرة مجرّمة قانونا ويتوقعها الجاني، الأمر الذي يقطع بتوافر الركن المعنوي في صورة العمد وفقا للمادة ٣٨ من قانون العقوبات الاماراتي[١].

وتجدر الاشارة أخيراً إلى أن بعض التشريعات تضيف جرائم أخرى إلى ما سبق منها إغفال وضع العلامة على المنتجات التي تميزها فطبقاً للمادة ١٠٨ من القرار رقم ٢٣٨٥ المؤرخ في ١٩٢٤/١/١٧م وللمادة ٧٠٥ من قانون العقوبات اللبناني فإنه يعاقَب بالغرامة التي لا تقل عن خمسين ليرة ولا تجاوز مائتين وخمسين ليرة وبالحبس مع الشغل من شهرين إلى سنتين أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من لم يضع على منتوجاته العلامة التي يجب عليه وضعها بمقتضى القوانين والأنظمة وكل من باع أو عرض للبيع منتوجات لا تحمل العلامة التي يجب وضعها عليها[٢]. كما أن البند الثالث من المادة ٧٨ من قانون العلامات التجارية الهندي يعتبر صناعة أو حيازة Making or Possession أدوات تقليد العلامة التجارية جريمة عقوبتها الحبس والغرامة[٣].

---

(١) أنظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، القسم العام بيروت ١٩٦٨ ص٣٧٣ حيث يرى أن الركن المعنوي هو الارادة التي يقترن بها الفعل؛ وقد تتخذ هذه الارادة صورة القصد الجنائي حينما تتجه إلى الفعل والنتيجة فنكون عندها إزاء جريمة قصدية، كما قد تتخذ صورة الخطأ وذلك حينما تتجه إلى الفعل دون النتيجة فنكون عندها إزاء جريمة غير قصدية.

(٢) أنظر: الياس ناصيف، المرجع السابق ص٢٦١.

(٣) بناءً على ذلك أُدينَ المتهم في قضية: State v. Prafulla Kumar (1953) 58 Calcutta Weekly Notes, 96 لحيازة مواد وأدوات تقليد العلامة التجارية.

الفرع الثالث

جريمة الخداع

طبقاً للمادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ١٩٧٩م في شأن قمع الغش والتدليس في المعاملات التجارية[1] فإنه يعاقَب بالحبس لمدة لا تجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف درهم ولا تجاوز عشرة آلاف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد معه بأية طريقة من الطرق في إحدى الأمور الآتية:

١- عدد البضاعة المباعة أو مقدارها أو مقاسها أو كيلها أو وزنها أو طاقاتها أو عيارها أو مواصفاتها.

٢- ذاتية البضاعة إذا كان ما سُلّم منها غير ما تم التعاقد عليه.

٣- حقيقة البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية أو ما تحتويه من عناصر نافعة وعلى وجه العموم العناصر الداخلة في تركيبها.

٤- نوعها أو أصلها أو مصدرها في الأحوال التي يكون فيها لنوع البضاعة أو لأصلها أو لمصدرها اعتبار ملحوظ عند التعاقد عليها.

٥- إجراء تخفيضات وهمية في أسعار السلع والبضائع المعروضة للبيع في التصفيات الموسمية أو غير الموسمية.

---

(١) تقابلها المواد التي تحمل الرقم (١) في كل من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٦م بشأن قمع الغش والتدليس في المعاملات التجارية الكويتي المعدّل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٠م، ونظام مكافحة الغش التجاري الصادر بالمرسوم الملكي السعودي رقم م/١١ بتاريخ ١٤٠٤/٥/٢٩هـ، والقانون المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١م بشأن قمع الغش والتدليس.

وتكون العقوبة الحبس لمدة لا تجاوز ثلاث سنوات وغرامة لا تقل عن أربعة آلاف درهم ولا تجاوز عشرين ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين إذا أرتُكبت الجريمة أو شُرِعَ في ارتكابها باستعمال موازين أو مقاييس أو دمغات أو أختام أو آلات فحص أخرى مزيفة أو مختلفة أو باستعمال طرق أو وسائل من شأنها جعل عملية وزن البضاعة أو قياسها أو كيلها أو فحصها غير صحيحة.

فهذه المادة تتناول جريمة الخداع الذي يتمثل في القيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها اظهار الشيء على غير حقيقته أو الباسه مظهرا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع[1].

ومما لا شك فيه أن الخداع المنصوص عليه في قانون قمع الغش والتدليس يختلف عن "الغبن والتغرير"[2] في قانون المعاملات المدنية الاماراتي. فطبقاً للمادة (١٨٦) من القانون الأخير فإن السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة يُعدّ تغريراً إذا ثبت أن من غُرّر به ما كان ليبرم العقد لو علم بهذه الواقعة أو تلك الملابسة، في حين لا يكفي مجرد الكتمان لقيام جريمة الخداع وإنما لا بد من مباشرة نشاط ايجابي.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فحتّى يُعتبر "التغرير والغبن" حتى يعتبر عيبا من عيوب الرضا فلا بُدّ أن يَثبُت أن المغرر به ما كان ليرضى بالعقد لو علم

(١) أنظر حسني أحمد الجندي، قوانين الغش والتدليس، المرجع السابق رقم ٨ ص١٥.

(٢) تجدر الاشارة إلى أنه لم يرد في قانون المعاملات المدنية الاماراتي نص يقضي باعتبار "التدليس" عيباً من عيوب الرضا على نحو ما ذهبت إليه التشريعات الأخرى، وإنما أعتبر "التغرير والغبن" كذلك. أنظر المادة ١٨٥ من القانون المشار إليه.

بحقيقة الأمر، بمعنى أن يشكل التغرير السبب الدافع للتعاقد، في حين يكفي بالنسبة للخداع المنصوص عليه في قانون قمع الغش والتدليس أن يكون أحد الأسباب الدافعة للتعاقد، ويتضح ذلك جلياً من نص البند الرابع من المادة الأولى من القانون المذكور حيث أشار إلى خداع المتعاقد معه بالنسبة لنوع البضاعة أو أصلها أو مصدرها في الأحوال التي يكون فيها لنوع البضاعة أو لأصلها أو لمصدرها اعتبار ملحوظ عند التعاقد عليها، بمعنى أن لا يشترط أن يكون الخداع المتعلق بأوصاف البضاعة السبب الوحيد الدافع لقيام من تم خداعه بابرام العقد وإنما يكفي أن يكون أى من تلك الأوصاف محل اعتبار ملحوظ بالنسبة للمتعاقد.

وعلاوةً على ما سلف فإن الخداع المنصوص عليه في قانون قمع الغش والتدليس يختلف عن "التغرير والغبن" المنصوص عليه في قانون المعاملات المدنية من حيث النتيجة، فتحقق الأول يؤدي لقيام جريمة عقوبتها الحبس لمدة لا تجاوز سنتين والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة درهم ولا تجاوز عشرة الاف درهم أو إحدى العقوبتين، في حين يخوّل تحقق الثاني الطرف المغرر به حق فسخ العقد فقط.

والذي يهمنا بهذا الصدد هو الخداع الذي يتعلق بمصدر البضاعة والذي يتحقق حين يكون الشيء المبيع من مصدر آخر غير المتفق عليه، كما لو استعان الجاني في تأكيد مزاعمه بعلامة تجارية مملوكة لغيره أو قام بتقليد أو تزوير علامة تجارية تخص ذلك الغير[1] مما يجعلنا إزاء جريمة مزدوجة: جريمة الخداع المعاقب

(١) تطبيقاً لذلك جاء نص المادة ٣/٥ من القرار الوزاري رقم ٢٦ لسنة ١٩٨٤م باللائحة التنفيذية لقانون قمع الغش والتدليس الاماراتي على النحو التالي "يُحظر على التاجر أو الصانع أو المنتج استعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق مع علمه بذلك".

عليها بموجب المادة الأولى من قانون قمع الغش والتدليس، وجريمة انتحال علامة تجارية أو تقليدها أو تزويرها المعاقب عليها طبقا للمادة (٣٧) من قانون العلامات التجارية.

ومع أن محكمة النقض المصرية قد أشارت بوضوح إلى التفرقة بين الجريمتين في أحد أحكامها[١] إلا أنه من الممكن أن تكون إحداهما وسيلة لارتكاب الأخرى، كما لو كانت وسيلة خداع المشتري هي اغتصاب علامة تجارية تخص شخصا آخر واستخدمها لتمييز البضاعة المعروضة على ذلك المشتري، فمما لاشك فيه أن للمشتري هنا أن يحرك الدعوى العمومية المتعلقة بجريمة الخداع سواءً بصورة مباشرة كما عليه الحال في مصر أو بصورة غير مباشرة بتقديم شكوى للنيابة العامة كما عليه الحال في الامارات والكويت، ولكن هل يكون لمالك العلامة هنا تحريك الدعوى ليستظل بحماية جديدة علاوةً على الحماية التي يوفرها له قانون العلامات التجارية؟

يرى البعض إمكانية ذلك ويذهب إلى أن "النيابة العامة تطلب عادةً في القضايا التي تُرفع منها للمحاكم الجزائية إنزال حكم مواد القانون التجاري التي تعاقب على الاعتداء على العلامات التجارية وحكم مواد قانون قمع الغش في المعاملات

---

(١) ذكرت محكمة المصرية بهذا الصدد "تختلف عناصر كل من جريمتي تقليد العلامات التجارية والغش عن الأخرى، فالركن المادي في جريمة التقليد ينحصر في إتيان فعل من أفعال التقليد أو التزوير أو استعمال علامة تجارية أو وضعها على منتجات بسوء نية أو بيعها أو عرضها للبيع وعليها العلامة المقلدة أو المزورة، وكل من هذه الأفعال يكوّن في ذاته جرائم مستقلة ولها مميزاتها الخاصة؛ بينما الركن المادي في جريمة المادة الأولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١م ينحصر في فعل خداع المتعاقد أو الشروع في ذلك وينصب على بضاعة معينة". نقض ١٩٥٩/١/٢٢ س ١٠ رقم ١٦ ص١٠٤٥ مشار اليه في حسني أحمد الجندي، قوانين قمع الغش والتدليس، المرجع السابق ص٦٢.

التجارية"[1].

ويرى آخرون أنه يجب رفض تدخل مالك العلامة في جريمة الخداع وذلك للأسباب التالية[2]:

أ- ان هذا المالك لم يكن متعاقدا مع الجاني ومن ثم يتعذر عليه أن يدعي اصابته بضرر مباشر من الجريمة لكي يبرر تدخله في الدعوى.

ب- وحتى لو كان الضرر مباشراً فإن مصدره وسببه ليس الجريمة التي ارتكبت ضد المشتري في جريمة الخداع والتي يحاكم عنها البائع وإنما مصدر الضرر يكمن في عنصر من عناصر هذه الجريمة وهو الطرق والوسائل الاحتيالية التي ارتكبها المخادع لإيقاع المتعاقد معه في غلط. والأصل أنه لكي يقبل التدخل يجب أن يكون المتدخل مجنياً عليه ومضروراً في جريمة متكاملة الأركان وليس في عنصر من عناصر هذه الجريمة أو في جزء من الجريمة.

وخلافاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأحكام تقضي بأنه يمكن لمالك العلامة رفع الدعوى عن الخداع أو التدخل فيها[3].

(١) أنظر يعقوب صرخوه، النظام القانوني للعلامات التجارية، المرجع السابق رقم ١١٣ ص٢٢٩؛ وأنظر في هذا السياق سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق ص٣٢٦ حيث ترى معاقبة الجاني بإحدى جريمتي قانون العلامات التجارية أو قانون قمع الغش والتدليس.

(٢) أنظر حسني الجندي، قوانين قمع الغش والتدليس، المرجع السابق رقم ٢٦ ص٦٤.

(٣) أنظر: Cass. 21 janv. 1892, S. 1899, 1,105; Crim. 8 déc 1911, Crim. 5 mars 1921, D. P. 1921. 1. 249.

أشار لذلك حسني الجندي، المرجع أعلاه رقم ٢٧ هامش ص٦٤.

ورأينا أنه طالما أننا بصدد جريمة مزدوجة فإنه يمكن لكل من المشتري ومالك العلامة رقع الدعوى الجزائية في الحالة السابقة عن طريق التقدم بالشكوى للنيابة العامة أو الى أحد مأموري الضبط القضائي حيث أن خداع المشتري عن طريق اغتصاب علامة تجارية تخص شخصاً آخر يشكل اعتداءً مزدوجاً على كل من المشتري ومالك العلامة الأصلية؛ وطبقاً للمادة (١٢) من قانون الاجراءات الجزائية الاماراتي فإنه إذا تعدّد المجنى عليهم في الجرائم المنصوص عليها في المادة العاشرة (ومن جملتها الاحتيال) فيكفي أن تُقدّم الشكوى من أحدهم؛ وسندنا في ذلك أن الخداع المقترن بتقليد علامة تجارية أو تزويرها أو اغتصابها لا يعتبر تدليساً بسيطاً وإنما يرقى لمستوى النصب والاحتيال خاصة وأن القضاء الحديث يتجه إلى التوسع في فكرة الاحتيال ويميل في أغلب الأحوال إلى تقريبها من التدليس البسيط[١].

وتجدر الاشارة أخيراً إلى أن جريمة الخداع تُعدّ من الجنح، والأصل أن الشروع في الجنح غير معاقب عليه إلا بنص القانون[٢]، وعادةً ما تكون العقوبة على الشروع أخف منها على ارتكاب الجريمة التامة، ولكن يُلاحظ أن جميع قوانين قمع الغش والتدليس التي سبقت الاشارة إليها قد ساوت بين الجريمة التامة للخداع والشروع فيها من حيث العقوبة مما يُعدّ استثناءً من القاعدة العامة ويؤكد اهتمام المشرع بقطع دابر هذه الجريمة التي باتت متفشية في المجتمعات وتهدد الصحة والسلامة العامة إذا ما تعلقت الجريمة بالمواد الطبية والغذائية، والتي تتناقض مع مقتضيات الشرف والنزاهة المستلزمين في المعاملات التجارية.

(١) أنظر: Ottenhof, le droit pénal et la formation du contrat civil, paris 1970, p. 45 et suiv.

(٢) أنظر المادة ٣٦ من قانون العقوبات الاماراتي.

الفرع الرابع

العقوبات الإضافية والاجراءات التحفظية

علاوةً على العقوبات الأصلية المشار إليها في المادتين ٣٧ و٣٨ من قانون العلامات التجارية فهنالك عقوبات اضافية أخرى واجراءات مشار إليها في المواد ٣٩ و٤١ و٤٣ من نفس القانون من شأنها توفير حماية أشمل للعلامات التجارية. وسنتناول العقوبات الإضافية أولاً ثم ننتقل لدراسة الاجراءات التحفظية.

أولاً: **العقوبات الإضافية**: ويمكن إجمال هذه العقوبات فيما يلي:

أ- الاغلاق المؤقت للمحل التجاري أو مشروع الاستغلال:

فطبقاً للمادة ٣٩ من قانون العلامات التجارية فإن كل من يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين (٣٧) و (٣٨) من نفس القانون يُعاقب في حالة العود بذات العقوبة المقررة للجريمة التي يرتكبها علاوة على إغلاق محله التجاري أو مشروع الاستغلال مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً ولا تزيد على ستة أشهر[1].

وحيث أن العود لارتكاب الجريمة يشكل إمعاناً في تعمد الاضرار بصاحب العلامة فاجتثاثاً للنيّة الجرمية من جهة، وتمكينا للجمهور من الاطلاع على الحكم وتنبيهه إلى عدم التعامل مع المحكوم عليه من جهة أخرى فقد قررت المادة المشار إليها أن ينشر الحكم بالادانة على نفقة المحكوم عليه وفقا للاجراءات التي تحددها

(١) تقابلها المواد ٣٦ قطري و٣٦ مكرراً مصري، وقد ورد النص في المادتين ٣٢ بحريني و٥١ سعودي في صيغة "ألاّ تتجاوز العقوبة ضعف الحد الأقصى لعقوبة المقررة للجريمة".

اللائحة التنفيذية[1].

ب- المصادرة والإتلاف :

فطبقاً للمادة (٤٣) من قانون العلامات التجارية الاماراتي[2] فإنه يجوز للمحكمة في أية دعوى مدنية أو جنائية أن تحكم بمصادرة الأشياء المحجوز عليها أو التي يُحجز عليها فيما بعد كما يجوز لها أن تأمر بإتلاف كلٍ من:

١- العلامات غير القانونية.

٢- المنتجات والأغلفة ومعدات الحزم وغيرها من الأشياء التي تحمل تلك العلامات[3].

٣- الالات والأدوات التي استعملت بصفة خاصة في عملية التزوير.

---

(١) لم تتضمن اللائحة التنفيذية لقانون العلامات التجارية الاماراتي تنظيما لذلك، إلا أن المادة ٤٣ من نفس القانون تقضي بأنه يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الحكم في الجريدة الرسمية أو في احدى الصحف اليومية على نفقة المحكوم عليه. وطبقاً للمادة ٤٢ من اللائحة التنفيذية للنظام السعودي "تُعد وزارة التجارة اعلانا بمضمون الحكم الصادر على المخالف في حالة العود، وينشر على نفقة المخالف في مكان بارز في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار تصدر أحدهما في الاقليم الكائن به المقر الرئيسي للمخالف إن وجدت". وعملاً بأحكام المادة ٢/١٨ من القرار رقم ٢٣٨٥ اللبناني يقضي بلصق الحكم في الأماكن التي تعيّنها المحكمة وينشر في جريدتين تعيّنهما أيضاً.

(٢) تقابلها المواد ٣٦ مصري و٥٨ سعودي و٣٤ عماني و٣٩ قطري و٩٥ كويتي، ولم يتضمن القانون البحريني نصاً بهذا الصدد مما يعتبر نقصاً تشريعياً ينبغي تلافيه.

(٣) يرى الأستاذ محمد صالح أن اتلاف المنتجات قد يكون مناقضا للمصلحة العامة خاصة إذا كانت البضاعة التي تحمل العلامة المقلدة على درجة معينة من الجودة إذ يتعيّن عندها أن يحكم القاضي بتسليمها إلى جهة بر كملجأ أو مستشفى. أنظر كتابه، شرح القانون التجاري، المرجع السابق ص٢١١-٢١٢.

والمصادرة عبارة عن نزع ملكية مال أو أكثر من مالكه وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل[1]، فهي إجراء الغرض منه تمليك الدولة أشياء مضبوطة ذات صلة بجريمة قهراً عن صاحبها وبغير مقابل. وأخص ما يميز المصادرة عن الغرامة أنها عقوبة تؤدي عيناً في حين أن الغرامة عقوبة نقدية، هذا فضلاً عن أن الأصل في الغرامة أنها عقوبة أصلية على حين لا تكون المصادرة إلا عقوبة تكميلية ولا يمكن أن تأتي في صورة عقوبة أصلية أو تبعية[2]، وذلك مع ملاحظة أن الغرامة تُعدّ دائماً من العقوبات في حين قد تكون المصادرة تدبيراً وقائياً أو تعويضاً.

وفيما يتعلق بالاتلاف فقد قضت محكمة تمييز دبي في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩١/١٢/٢٩م في الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٩٩١ حقوق بأن "للطاعنين أصحاب العلامة التجارية المعتدى عليها مصلحة محققة في طلب اتلاف الأغلفة المستعملة على سبيل التعويض العيني حيث أن التصرف في تلك الأغلفة بتداولها في السوق يُعدّ استمرارا لذات الفعل الضار واعتداءً على حق الطاعنين"[3].

هذا، وتجدر الاشارة إلى ملاحظتين بهذا الخصوص:

أ- إن صدور حكم المحكمة بالمصادرة أو الاتلاف ليس رهناً بإدانة المتهم وإنما هو سلطة جوازية للمحكمة قد تباشرها في حالة الحكم بالبراءة لأن الحكم بالبراءة

(١) أنظر حسني الجندي، قوانين قمع الغش والتدليس، المرجع السابق رقم ١٨١ ص٣٥٦.

(٢) أنظر حسن محمد ربيع شرح قانون العقوبات الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة، القسم العام الجزء الثاني، اصدارات كلية شرطة دبي ١٩٩٣ ص١٤٧.

(٣) مشار للحكم في مجلة القضاء والتشريع التي تصدر عن محكمة التمييز بدبي، العدد الثاني يناير ١٩٩٣م رقم ١٠٣ ص٦٢٥.

لعدم ثبوت القصد الجنائي لا يبرر استمرار الحيازة لمنتجات تحمل علامة مزورة أو مقلدة مثلاً.

ب- يجوز للمحكمة -فيما يتعلق بالأشياء المصادرة- أن تتصرف فيها بأية طريقة تراها مناسبة بما في ذلك بيعها واستنزال ثمنها من الغرامات أو التعويضات المحكوم بها على المحجوز عليه.

وعلاوةً على الحكم بالمصادرة والاتلاف بالنسبة للأشياء المحجوز عليها فإن المحكمة تملك كذلك أن تأمر بنشر الحكم في الجريدة الرسمية أو في إحدى الصحف اليومية على نفقة المحكوم عليه[1] وذلك وصولاً لتحذير الجمهور من التعامل مع مرتكب الجريمة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن النشر ينطوي على تعويض معنوي لمالك العلامة عن الأضرار الأدبية التي لحقت بعلامته التجارية.

ثانياً: الاجراءات التحفظية

تمكيناً لمالك العلامة التجارية من إثبات جريمة الاعتداء عليها تقليدا أو تزويرا أو اغتصابا أو استعمالا فقد خوّله حق إتخاذ اجراءات الحجز التحفظي على الآلات والأدوات التي استخدمت في التقليد وعلى البضائع التي تحمل العلامة والمستندات المتعلقة بموضوع الجريمة وذلك للمحافظة على جسمها وتقديم تلك الوقائع للقضاء، فقد قضت المادة ٤١ من قانون العلامات التجارية بأنه "يجوز لمالك العلامة التجارية في أي وقت -ولو كان ذلك قبل رفع أي دعوى مدنية أو جنائية- أن يستصدر بناء على

---

(١) أنظر المواد ٤٣ من قانون العلامات التجارية الاماراتي والمواد ٣٤ عماني و٤٦ مصري و٩٥ كويتي و٥٨ سعودي و٣٩ قطري و٣٩ أردني.

عريضة مشفوعة بشهادة رسمية دالة على تسجيل العلامة أمراً من المحكمة المختصة بإتخاذ الاجراءات التحفظية اللازمة وعلى الأخص:

١- اجراء محضر ووصف تفصيلي للآلات والأدوات التي تستخدم أو التي استخدمت في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، وكذلك المنتجات أو البضائع المحلية أو المستوردة وعناوين المحلات أو الأغلفة أو الأوراق أو غيرها من الأشياء التي تكون قد وضعت عليها العلامة أو البيان موضوع الجريمة.

٢- توقيع الحجز على الأشياء المذكورة في البند السابق أو البضائع المستوردة من الخارج[١]، وذلك بعد أن يُقدم الطالب تأمينا ماليا تقدره المحكمة لتعويض المحجوز عليه عند الاقتضاء[٢].

وهكذا، فقد خوّل المشرع صاحب العلامة التجارية الحق في طلب القيام باجراءات تحفظية لإثبات الاعتداء على حقه في العلامة التجارية بتقليدها أو تزويرها أو اغتصابها، سواءً قبل رفعه الدعوى المدنية أو الجنائية أو بعد ذلك، ولكن يشترط لمباشرة هذا الحق توافر ما يلي:

أ- أن يشفع بطلبه المقدم للمحكمة المختصة شهادة رسمية تدل على تسجيل العلامة التجارية المعتدى عليها، الأمر الذي يجعل من طلب الاجراءات التحفظية مرفوضاً إذا تعلق بعلامة تجارية غير مسجلة.

---

(١) أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (٨) حق الملكية، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٦٧ رقم ٢٩٠ ص٤٧٤.

(٢) تقابلها المواد ٣٥ مصري و٥٥ سعودي و٣٨ قطري و٣٣ بحريني و٣٢ عماني و٩٣ كويتي.

ب- وإذا تجاوز طلب الاجراءات التحفظية مسألة إجراء محضر حصر ووصف تفصيلي للالات والأدوات المستخدمة أو التي يراد لها أن تستخدم في الاعتداء عليها أو للبضائع أو المنتجات التي تحمل العلامة موضوع الجريمة إلى توقيع الحجز على ما سبق، فمن المتعين على طالب الاجراءات التحفظية أن يقدم تأميناً مالياً تقدره المحكمة لتعويض المحجوز عليه عند الاقتضاء. وللمحكمة عندها ندب خبير أو أكثر للمعاونة في تنفيذ الاجراءات التحفظية.

ومراعاةً لمصلحة المطلوب مباشرة الاجراءات التحفظية في مواجهته، وللحؤول دون الدعاوى الكيدية قرر المشرع أمرين هامين:

١- وجوب قيام طالب الاجراءات التحفظية برفع دعواه المدنية أو الجزائية على من اتخذت ضده تلك الاجراءات خلال الثمانية أيام التالية لصدور أمر المحكمة المختصة بمباشرة الاجراءات التحفظية، وإلاّ اعتبرت تلك الاجراءات كأن لم تكن، ولكن تجدر الاشارة إلى أن بطلان اجراءات الحجز لا يؤثر على الدعوى ذاتها بمعنى أنه يبقى من حق طالب الاجراءات التحفظية رفع الدعوى في كل وقت ولكن بطلان اجراءات الحجز يؤدي فقط لفقدان جسم الجريمة كأداة اثبات على وقوعها، الأمر الذي يتعيّن معه أن يلجأ صاحب الشأن للبحث عن دليل آخر.

٢- تخويل المحجوز عليه رفع دعوى بمطالبة الحاجز بالتعويض إذا لم يعد ذلك الحاجز لرفع دعواه خلال ثمانية أيام من صدور الأمر بالاجراءات التحفظية، أو إذا صدر حكم نهائي لصالح المحجوز عليه في تلك الدعوى. ولكن المشرع قرر تقادماً قصيراً للمحجوز عليه إذ ألزمه برفع دعوى المطالبة بالتعويض خلال تسعين يوماً من تاريخ انقضاء ثمانية أيام على صدور الأمر بالاجراءات التحفظية دون قيام

الحاجز برفع دعواه أو من تاريخ صدور الحكم النهائي في الدعوى المرفوعة ضده وإلا فلن تُسمع دعواه. وفي الحالتين لا تقوم المحكمة برد التأمين للحاجز إلا بعد صدور الحكم النهائي في دعوى المحجوز عليه أو بعد انقضاء الميعاد المقرر له دون رفعها[1].

المبحث الثاني
الحماية الدولية للعلامات التجارية

لقد أدّى تمسك الدول بمبدأ اقليمية القوانين إلى قصر حماية العلامة التجارية على حدود اقليم الدولة، وحتى في هذا النطاق، ومع استثناء ما جرى عليه العمل في بعض الدول كبريطانيا واسبانيا وهولندا، فإن الحماية لم تكن لتشمل العلامات التجارية للأجانب المقيمين داخل الدولة ما لم تكن لهم منشآت صناعية أو محلات تجارية فيها[2]، الأمر الذي جعل العلامات التجارية مفتقرة لحماية فعالة خاصة إزاء التبادل الهائل للسلع والخدمات على المستوى الدولي.

ومن هنا نبعت الحاجة لتأمين هذه الحماية على المستوى الدولي إلى جانب توفيرها على النطاق الوطني، فتفتق الوضع عن إبرام مجموعة من الاتفاقيات الدولية من أجل هذه الغاية وهى اتفاقية باريس واتفاقية مدريد واتفاقية التجارة والتعرفة الجمركية (الجات)، وسنتناول دراسة كل من الاتفاقيات المشار إليها في

(١) المادة ٤٢ من قانون العلامات التجارية الاماراتي وتقابلها المواد ٩٤ كويتي و٣٣ عماني و٣٨ قطري و٥٦ سعودي و٣٥ مصري، ولا يتضمن القانون البحريني ضوابط بهذا الصدد مما يعتبر نقصاً تشريعياً ينبغي تلافيه.

(٢) أنظر: Ladas (s.p.) International Protection of Industrial Property 1930, p. 44.

مطلب مستقل.

وقبل ذلك، تجدر الاشارة إلى أن جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) (WIPO)[1] ما زالت تُبذل في نطاق تنظيم المسائل المتعلقة بالعلامات التجارية على المستوى الدولي، فقد عقدت لجنة الخبراء للتوفيق بين القوانين لحماية العلامات التجارية Committee of Experts on the Harmonization of Laws for the Protection of Marks اجتماعها الخامس في جنيف في الفترة من ٧-١٨ يونيو ١٩٩٣م حضره ممثلو ٤٧ دولة من الدول الأعضاء في اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية وذلك بالإضافة لحضور ممثلي أربع دول أعضاء في الويبو كمراقبين من بينهم دولة الامارات العربية المتحدة[2]. كما حضره ممثلون عن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD[3] وممثلون عن منظمات غير حكومية بصفة مراقبين منهم غرفة التجارة الدولية (ICC)[4] والمنظمة الدولية لحماية الملكية الصناعية (AIPPI)[5] والمنظمة العالمية للعلامات التجارية (INTA)[6] حيث تم وضع مشروع اتفاقية تتعلق بتبسيط الاجراءات الادارية المتعلقة بالعلامات التجارية أُقتُرح أن تحمل تسمية اتفاقية تبسيط الاجراءات الادارية بشأن العلامات Treaty on the Simplification of Administrative Procedures concerning Marks.

---

(١) الحروف عبارة عن اختصار لعبارة World Intellectual Property Organization

(٢) أنظر تقرير المكتب الدولي للويبو المتضمن محضر الاجتماع المشار إليه المؤرخ في ١٨ يونيو ١٩٩٣م.

(٣) الحروف اختصار لعبارة United Nations Conference on Trade and Development.

(٤) الحروف اختصار لعبارة International Chamber of Commerce.

(٥) الحروف اختصار لعبارة International Association for the Protection of Industrial Property.

(٦) الحروف اختصار لعبارة International Trademarks Association.

المطلب الأول

اتفاقيــة باريــس[1]

أبرمت هذه الاتفاقية في ٢٠ مارس ١٨٨٣م[2] لحماية حقوق الملكية الصناعية بمعناها الواسع، وقضت بتشكيل اتحاد من أجل ذلك يتكون من الدول الموقعة عليها والمنضمة إليها[3] وعهدت بالادارة إلى المنظمة الدولية للملكية الفكرية (الويبو) ومقرها جنيف.

وبمقتضى المادة الثانية من الاتفاقية فإن رعايا كل دولة من دول الاتحاد يتمتعون في جميع دول الاتحاد الأخرى بالمزايا الممنوحة للمواطنين فيما يتعلق بالعلامات التجارية وذلك ضمن الشروط والأوضاع المفروضة على المواطنين فبذا تكون الاتفاقية قد قررت مبدأ التشبيه في المعاملة بين مواطني دول الاتحاد والمواطنين National Treatment for Nationals of Countries of the Union بحيث يخضع الأجنبي لنفس الاجراءات وتسري عليه نفس النظم كما يتمتع بنفس المزايا التي يتمتع بها المواطنون حالياً أو سيتمتعون بها مستقبلاً. واعتبرت الاتفاقية في حكم رعايا دول الاتحاد

---

(١) أنظر النص الكامل لهذه الاتفاقية وفق آخر تعديلات لها في:
Blackstone's Statutes on Intellectual Property op. cit, p. 246 - 255.

(٢) تم تعديل الاتفاقية في بروكسل في ١٤ ديسمبر ١٩٠٠م وفي واشنطن في ٢ يونيو ١٩١١م وفي لاهاي في ٦ نوفمبر ١٩٢٥م وفي لندن في ٢ يونيو ١٩٣٤م وفي لشبونة في ٣١ أكتوبر ١٩٥٨م وفي استكهولم في ١٤ يوليو ١٩٦٧م وفي ٢ أكتوبر ١٩٧٩م.

(٣) بلغ عدد الدول المنضمة إليها حتى الأول من يناير ١٩٩٣م (١٠٨) دولة منها (١٠) دول عربية هى الأردن وتونس والجزائر وليبيا وسوريا والسودان والعراق ولبنان ومصر والمغرب، أنظر كتاب المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) معلومات عامة جنيف ١٩٩٣م، ص١٧-١٨، علماً بأن اجراءات تُتخذ حالياً لانضمام دولة الامارات العربية المتحدة للاتفاقية.

رعايا الدول غير المنضمة للاتحاد المقيمين في احدى دول الاتحاد أو الذين لهم فيها منشآت صناعية أو تجارية فعلية وجدّية establishment real and effective علماً بأن هذا الشرط قد أُدرِجَ في المعاهدة بموجب التعديل الذي تم في بروكسل سنة ١٩٠٠م[١].

هذا وقد وضعت اتفاقية باريس بعض القواعد الموحدة للعمل بها في جميع بلدان الاتحاد والتي تشمل:

أ- حق الأولوية "The Right of Priority": فطبقاً للمادة الرابعة من الاتفاقية فإن من يتقدم بطلب تسجيل علامة تجارية في احدى دول الاتحاد يتمتع هو وسلفه بحق الأولوية في باقي دول الاتحاد بالنسبة لتسجيل علامته خلال ستة أشهر من تاريخ ايداع طلبه السابق في احدى دول الاتحاد حيث ينظر إلى طلباته اللاحقة كما لو كانت قد قُدّمت في تاريخ ايداع طلبه الأول، الأمر الذي يخوّله حق الأولوية بالنسبة للطلبات التي يقدمها أشخاص اخرون خلال المدة المشار إليها. وعليه، فلا يُحتج في مواجهة هذا المودع بأي استعمال أو ايداع لاحق يقوم به الغير لذات العلامة في أى دولة من دول الاتحاد خلال الشهور الستة المشار إليها.

وهكذا، فإن صاحب الطلب الذي يلتمس الحماية في عدة بلدان لا يضطر لتقديم كل طلباته في وقت واحد، وإنما يتمتع بمهلة ستة أشهر لاختيار البلدان التي يرغب في اكتساب الحماية فيها بحيث يمكنه اتخاذ التدابير اللازمة لذلك بكل عناية.

---

(١) أنظر: محمد حسين اسماعيل، صعوبات تطبيق القانون النموذجي العربي بشأن العلامات التجارية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة العدد الثالث سبتمبر ١٩٨٢م ص٢٤١.

ب- مبدأ قبول تسجيل وحماية دول الاتحاد للعلامات المودعة في بلدها الأصلي:

تسهيلاً لتسجيل العلامة التجارية في جميع دول الاتحاد قرّرت المادة السادسة من اتفاقية باريس بأن من المتعين على كل دولة من دول الاتحاد أن تقبل ايداع كل علامة سبق تسجيلها في بلدها الأصلي[1] بصورة قانونية وأن تمنحها الحماية بالحالة التي تكون عليها Telle Quelle[2]؛ ولكن يمكن للدولة المطلوب تسجيل العلامة فيها أن تطلب -قبل اجراء التسجيل- تقديم شهادة صادرة من جهة الاختصاص تثبت حصول تسجيل العلامة في البلد الأصلي، علماً بأنه لا يشترط التصديق على تلك الشهادة. ويُلاحظ أن البند ب من المادة السادسة قرر بعض الاستثناءات بنصه على أنه يجوز لدول الاتحاد -في بعض الأحوال- أن ترفض تسجيل العلامة أو اضفاء الحماية عليها في الأحوال التالية:

١- العلامات التي تمس الحقوق المكتسبة للغير في الدولة المطلوب فيها الحماية، أى تلك العلامات المتضمنة اعتداء على حقوق أصحاب العلامات المودعة سابقاً وفقا لقوانين الدولة المطلوب فيها الحماية. وعليه، فإنه يمكن رفض تسجيل علامة أجنبية في دولة الامارات العربية المتحدة إذا كانت تلك العلامة قد سجّلت واستعملت من قبل شخص آخر في دولة الامارات.

٢- العلامات الخالية من أى طابع مميز أو ذاتية خاصة تميزها عن غيرها من

(١) المقصود بالبلد الأصلي Country of Origin طبقاً لأحكام الاتفاقية أى بلد من بلدان الاتحاد يوجد فيه لطالب التسجيل مؤسسة تجارية أو صناعية جدية وعاملة، وإلا فهو البلد الذي يوجد فيه لطالب التسجيل موطن، وإلا فهو البلد من بلدان الاتحاد الذي ينتمي إليه طالب التسجيل بجنسيته.

(٢) المقصود بذلك دون البحث في أمر صحتها، وهو ما يعني الأخذ بمبدأ "عدم الفحص السابق علي التسجيل".

العلامات كالعلامة النوعية التي تدل على نوع المنتجات فقط.

٣- العلامات المخالفة للنظام العام والآداب العامة، وعلى الأخص تلك التي من شأنها تضليل الجمهور.

هذا، ويمكن لمالك العلامة المسجلة في أحد بلدان الاتحاد أن يطالب بإلغاء تسجيل علامة أخرى مزورة أو مقلدة أو شبيهة بعلامته إلى درجةٍ من شأنها أن تؤدي إلى تضليل الجمهور وتميز نفس البضاعة التي تميزها علامته حتى لو كانت العلامة مسجلة في بلدٍ آخر من بلدان الاتحاد؛ ويمكن لمالك العلامة المشار إليها أن يعترض كذلك على تسجيل العلامة المزورة أو المقلدة في أحد بلدان الاتحاد.

ج- مبدأ استقلال التوقيعات: فطبقاً للبند (د) من المادة السادسة من الاتفاقية فإن حماية العلامة المودعة في أي بلد من بلدان الاتحاد تستمر في ذلك البلد وفقا لأحكام قوانينه لا وفقا لأحكام قوانين البلد الأصلي الذي تم فيه الايداع الأول، فإذا فُرض وانتهت مدة الحماية في احدى الدول، فإن هذا لا يستتبع حتماً انتهاء هذه المدة في الدول الأخرى. وإذا فُرض وكانت قوانين البلد الجديد لا تستلزم تجديد التسجيل فإن العلامة تبقى محمية بغض النظر عن تجديد التسجيل أو عدم تجديده في البلد الأصلي. وعلّة ذلك أن تسجيل العلامة في بلدٍ ما غير بلدها الأصلي يُدخلها حياة جديدة بعيدة عن مؤثرات البلد الأصلي، بل ويخضعها لنظام قانوني جديد من حيث البقاء والاستمرار، ألا وهو النظام القائم في البلد الذي استوطنته، وبمعنى آخر فبتمام تسجيل العلامة خارج بلدها الأصلي فإنها تندمج بنظام قانوني خاص بها يكتسب بموجبه مالكها الأصلي حقاً لا يصح تجريده منه تبعاً لأسباب خارجة

عن ظروف البلد الذي استوطنته[1]. وبناءً على ذلك، فإن إلغاء أو شطب تسجيل أى علامة تجارية في دولة متعاقدة لا يؤثر علي سلامة تسجيلها في الدول المتعاقدة الأخرى.

المطلب الثاني

اتفاقية مدريد[2]

وهى عبارة عن اتفاقية أبرمت لتيسير التسجيل الدولي للعلامات التجارية؛ والعضوية فيها متاحة لجميع الدول الأعضاء في الاتحاد الدولي لحماية حقوق الملكية الصناعية إذ أقرت نظاماً عاماً للايداع الدولي للعلامات التجارية أجازت بموجبه لكل شخص تابع لاحدى الدول المتعاقدة أو مقيم فيها أو له محل عمل أن يضمن حماية علامته التجارية المسجلة في بلده الأصلي في جميع هذه الدول[3]. ويتم ذلك عن طريق قيام صاحب العلامة بتقديم طلب تسجيل دولي من نسختين على نموذج خاص وضعه المكتب الدولي موجود لدى الجهة المسؤولة عن العلامات التجارية في البلد الذي سبق لمقدم الطلب تسجيل علامته فيه. وطبقاً للمادة الثالثة من الاتفاقية

(١) أنظر محمد حسين اسماعيل، الحماية الدولية للعلامات التجارية، المرجع السابق ص١٣٢.

(٢) أبرمت هذه الاتفاقية في ١٤ أبريل ١٨٩١م وعدلت في بروكسل في ١٤ ديسمبر ١٩٠٠م وفي واشنطن في ٢ يونيو ١٩١١م وفي لاهاي في ٦ نوفمبر ١٩٢٥م وفي لندن في ٢ يونيو ١٩٣٤م وفي نيس في ١٥ يوليو ١٩٥٧م وفي استكهولم في ١٤ يوليو ١٩٦٧م، وقد صدرت لائحتها التنفيذية في ٢١ يونيو ١٩٧٤م.

(٣) بلغ عدد الدول الأطراف في الاتفاقية حتى يناير١٩٩٣م (٣٤) دولة من بينها الجزائر والسودان ومصر والمغرب. أنظر: المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) معلومات عامة جنيف ١٩٩٣ ص٢٨.

فإن من المتعيّن أن يتضمن الطلب عدة بيانات منها[1]:

أ- اسم مودع الطلب وعنوانه.

ب- تواريخ وأرقام ايداع وتسجيل العلامة في بلد المنشأ.

جـ- صورة العلامة باللونين الأبيض والأسود وصورة عنها بالألوان.

د- التأشير بعبارة "علامة مجسّمة" إذا كانت العلامة تتضمن شكلاً مجسّماً.

هـ- السلع والخدمات التي تنطبق عليها العلامة.

و- تاريخ تسلّم الادارة الوطنية لطلب التسجيل الدولي.

ز- شهادة من ادارة بلد المنشأ تُقرّ فيها أن العلامة مقيدة في السجل الوطني باسم المودع وتشير فيها للسلع والخدمات التي تنطبق عليها العلامة.

ومن ثم يُحال الطلب إلى المكتب الدولي للويبو في جنيف حيث يقوم المكتب الأخير بقيد العلامة في السجل الدولي المخصص لذلك، وبإبلاغ الدول المتعاقدة التي يرغب مودع الطلب توفير الحماية فيها؛ ثم يتولّى النشر عن العلامة في نشرته الشهرية التي تصدر بالفرنسية والمعنونة "العلامات الدولية les marques internationales" والتي تتضمن كل المعلومات المتعلقة بالعلامات المسجلة والتعديلات التي تطرأ عليها كالشطب وتجديد قائمة السلع والخدمات؛ كما يقوم المكتب في مطلع كل سنة بنشر جداول تتضمن التسجيلات التي كانت محل نشر خلال السنة السابقة حسب الترتيب الهجائي لمالكيها[2].

---

(١) أنظر القاعدة رقم ٤ من اللائحة التنفيذية لاتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات.

(٢) أنظر القاعدة رقم ٢٦ من اللائحة التنفيذية لاتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات.

أثر التسجيل:

متى تم تسجيل العلامة دولياً تمتعت بالحماية في دول اتفاقية مدريد كما لو كانت قد سجّلت في كل منها تسجيلاً محلياً وذلك ابتداءً من تاريخ تسجيلها لدى المكتب الدولي[1].

ويعود التسجيل الدولي للعلامات على النحو السابق بمنافع على كلٍ من صاحب العلامة والمكاتب الوطنية لتسجيل العلامات. فبالنسبة لصاحب العلامة فإنه يكفيه أن يسجل علامته في الدولة المتعاقدة التي هى بلد المنشأ عن طريق تقديم طلب بلغة واحدة هى الفرنسية وأن يسدد الرسوم المطلوبة لمكتب واحد هو المكتب الدولي بدلاً من ايداع طلبات بلغات عديدة لدى المكاتب الوطنية للعلامات التابعة لمختلف الدول المتعاقدة ودفع رسوم لكل مكتب منها. أما بالنسبة للمكاتب الوطنية فإن ذلك يخفّف من حجم الأعمال المطلوبة منها، فهى مثلاً لا تحتاج لنشر العلامات، كما أن جزءاً من الرسوم التي يُحصلها المكتب الدولي يحوّل إلى الدول المتعاقدة التي تُطلب فيها الحماية[2].

وعلاوةً على ما سبق، فإن العلامة تتمتع كذلك بحق الأولوية المنصوص عليه في المادة الرابعة من اتفاقية باريس بشأن حماية الملكية الصناعية.

رفض منح الحماية:

تجدر الاشارة إلى أن المادة الخامسة من الاتفاقية قد سمحت لأيٍ من الدول

---

(١) أنظر المادة الرابعة من اتفاقية مدريد.

(٢) أنظر: المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) معلومات عامة جنيف ١٩٩٣ ص٢٩.

المطلوب الحماية في اقليمها أن ترفض منح الحماية للعلامة في أراضيها إذا كانت تشريعاتها لا تسمح بتسجيل تلك العلامة حتي بالنسبة لمواطنيها، علماً بأنه لا يجوز رفض منح الحماية -ولو جزئياً- لمجرد أن التشريع الوطني لا يسمح بالتسجيل إلا لعدد محدود من الفئات أو عدد محدود من السلع والخدمات.

وعلى الادارات التي ترغب بممارسة حقها في رفض منح الحماية إخطار المكتب الدولي بالرفض مع بيان الأسباب وذلك خلال المهلة المنصوص عليها في تشريعاتها الوطنية على أن لا يتجاوز ذلك مدة سنة من تاريخ التسجيل الدولي للعلامة أو من تاريخ طلب مدّ الحماية المقدم وفقا للمادة الثالثة من الاتفاقية.

وعلى المكتب الدولي أن يرفع على الفور صورة من إخطار الرفض إلى الادارة المختصة في بلد المنشأ وإلى صاحب العلامة أو وكيله -إذا كانت الادارة المذكورة قد أخطرت المكتب الدولي باسمه- علماً بأنه يحق لصاحب الشأن اللجوء إلى طرق الطعن ذاتها كما لو كان قد أودع العلامة بنفسه مباشرة في البلد الذي رُفضت فيه الحماية[1].

مدة التسجيل الدولي وتجديده: بمضي خمس سنوات على التسجيل الدولي يُصبح لهذا التسجيل طابع مستقل بالنسبة لانتهاء مدة الحماية حيث أنها تنتهي بالنسبة له بمضي عشرين سنة بغض النظر عن انتهاء مدة الحماية في بلد المنشأ أو عدم انتهائها، كل ذلك مع مراعاة ما يلي:

---

(١) أنظر: اتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات، المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، جنيف ١٩٧٩ ص٧.

أ- أنه لا يجوز التمسك كلياً أو جزئياً بالحماية المترتبة على التسجيل الدولي إذا فقدت العلامة الوطنية المسجلة في بلد المنشأ حمايتها القانونية خلال السنوات الخمس الأولى المشار إليها.

ب- إذا حدث وتم شطب العلامة ادارياً في بلد المنشأ، فمن المتعيّن على الادارة الوطنية في ذلك البلد أن تطلب من المكتب الدولي شطبها، وإذا حدث ورُفعت دعوى قضائية فمن المتعيّن أن تعمد الادارة الوطنية -إما تلقائياً أو بناءً على طلب المدعي- إلى تزويد المكتب الدولي بصورة من صحيفة الدعوى وصورة من الحكم النهائي، وعندها يتعيّن على ذلك المكتب أن يؤشّر بالشطب في السجل الدولي للعلامات.

وعلى المكتب الدولي أن يرسل خطاباً إلى صاحب العلامة أو وكيله قبل انتهاء مدة الحماية بستة أشهر يذكّرهما فيه بتاريخ انتهاء تلك المدة، علماً بأن من الممكن منح مهلة إضافية مدتها ستة أشهر لاجراء التجديد وذلك مقابل رسم اضافي يُعادل ٥٠٪ من الرسم المطلوب عن التجديد للمدة التي يُراد التجديد لها[١].

<u>بروتوكول اتفاقية مدريد</u>[٢]: على الرغم مما وفرته اتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات التجارية من تيسير لحماية تلك العلامات في بلدان خارج بلد المنشأ

---

(١) رسم التجديد لمدة عشرين سنة هو ٥٨٠ فرنكاً سويسرياً، أنظر الفصل التاسع من اتفاق مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات، المرجع أعلاه ص٤٦.

(٢) أنظر النص الكامل لهذا البروتوكول في: Blackstone's Statutes on Intellectual Property, op. cit, p. 269 - 277.

إلاّ أن صعوبات عملية بقيت ماثلة للعيان، ومن هذه الصعوبات:

١- صعوبة توفير الحماية خارج نطاق الدول الأعضاء في اتفاقية مدريد.

٢- ضرورة تسجيل العلامة في دولة الأصل كشرط مُسبق لتقديم طلب التسجيل الدولي، الأمر الذي قد يستغرق وقتا طويلا، ويؤدي بالتالي إلى فقدان صاحب العلامة لحق الأولوية خاصةً في البلدان التي تجعل الحق في ملكية العلامة لأولوية التسجيل.

٣- العنت الذي يواجهه صاحب العلامة وصولاً لحمايتها حتي في نطاق الدول الأعضاء في الاتفاقية حيث يتعيّن عليه مثلاً الاحاطة بمدة الحماية في كل بلد تمهيدا لتقديم طلب تجديد الحماية، فقد علمنا أنه بمضي خمس سنوات على التسجيل الدولي يُصبح لذلك التسجيل طابع مستقل بالنسبة لانتهاء مدة الحماية، وبمعنى آخر، فإن حماية العلامة في أى بلد تستمر وفقاً لأحكام قوانينه لا وفقاً لأحكام قوانين البلد الأصلي الذي تم فيه الايداع الأول.

وإزاء ذلك وُجد هذا البروتوكول الذي يُعتبر مكملاً لاتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات وقد تم اعتماده بهدف إدخال بعض السمات الجديدة في نظام التسجيل الدولي للعلامات وصولاً لحل بعض الاشكالات السابقة والتي أثارتها الدول غير المنضمة لاتفاقية مدريد.

ومن المستجدات في هذا البروتوكول:

أ- تخويل طالب التسجيل الدولي للعلامة الحق في أن يستند لا إلى تسجيل علامته في المكتب الوطني لبلد المنشأ فحسب، بل كذلك لأى طلب يقدّمه لمكاتب

التسجيل في الدول الأعضاء في الاتفاقية.

ب- تخويل أى طرف في الاتفاقية الحق في اعلان رفض منح الحماية للعلامة في أراضيه خلال مدة (١٨) شهراً بدلاً من مدة السنة التي أقرتها الاتفاقية.

ج- تخويل أى مكتب من مكاتب الدول المتعاقدة الحق في تحصيل رسوم تتجاوز ما هو مقرر في اتفاقية مدريد.

د- جواز تحويل أى تسجيل دولي تم إلغاؤه -بسبب طعن مركزي مثلاً- إلى طلبات وطنية تستفيد من تاريخ ايداعه، وكذلك من تاريخ أولويته إن وجدت.

وعلاوةً على ما سبق فإن البروتوكول يتيح الارتباط بنظام العلامات التجارية الذي تنوي الجماعة الأوربية تطبيقه[١].

وفيما يتعلق بالصعوبة المتمثلة بضرورة توفير الحماية للعلامة خارج نطاق الدول الأعضاء في اتفاقية مدريد، فقد قضت المادة الأولى من البروتوكول باعتبار الدول الموقعة عليه (حتى لو لم تكن أطرافاً في اتفاقية مدريد) أعضاء في اتحاد الدول الموقعة على اتفاق مدريد، وبالتالي امتداد الحماية إليها[٢].

أما فيما يتعلق بالعنت الذي يواجهه صاحب العلامة والمتمثل بضرورة إحاطته بمدة الحماية في كل بلد يطلب فيه الحماية تمهيداً لتقديم طلب تجديدها فقد أبقى البروتوكول على أحكام اتفاقية مدريد بهذا الصدد[٣].

(١) أنظر المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) معلومات عامة جنيف ١٩٩٣ ص٣١.

(٢) أنظر: Blackstone's Statutes on Intellectual Property op. cit, p. 270

(٣) أنظر المادة السادسة من البروتوكول كما وردت في: Blackstone's Statutes, op. cit, p. 274

المطلب الثالث

الاتفاقية العامة للتعرفة والتجارة (الجات)[1]

نشأة الاتفاقية:

ظهرت هذه الاتفاقية لحيز الوجود سنة ١٩٤٧م[٢] كنتيجة لدعوة بعض الدول لإنشاء منظمة للتجارة الدولية كإحدى المنظمات المتخصصة للأمم المتحدة بقصد تبادل امتيازات جمركية على النحو الوارد في ميثاق منظمة التجارة الدولية الذي يطلق عليه ميثاق هافانا. ودخلت حيز التنفيذ سنة ١٩٤٨م بهدف منع تكرار الركود الذي أصاب التجارة الدولية خلال الثلاثينات.

وقد ظهرت الجات كأداة للمفاوضات التجارية الخاصة بتحرير التجارة معتمدةً في الأصل على مجموعة من المباديء الأساسية وهى:

أ- تجارة بدون تمييز Trade without discrimination[٢]: وذلك استناداً إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية Most favoured nation clause وعليه فلا تستطيع دولة عضو في الاتفاقية أن تمنح مزايا خاصة لتجارتها مع أى بلد آخر بحيث يعامل الجميع على أساس واحد ويتقاسمون جهود تخفيض العوائد الجمركية.

---

(١) كلمة "الجات" اختصار للحروف الأولى من عبارة General Agreement on Tariffs and Trade

(٢) أعقب ذلك انعقاد عدة مؤتمرات في انسي بفرنسا ١٩٤٩ وتوركوي بانجلترا ١٩٥١ وجنيف ١٩٥٦ وطوكيو ١٩٧٣ وارجواي ١٩٩٣م.

(٢) توجد بعض الاستثناءات لهذا المبدأ.

ب- الحماية عن طريق التعرفة الجمركية فقط Protection only through tariffs :
بمعنى اقتصار حماية الصناعات الوطنية عن طريق التعرفات الجمركية فقط، وبناءً على ذلك فلا يجوز استخدام حصص الاستيراد كطريق للحماية إلا في بعض الحالات الخاصة المحددة.

ج- استقرار التجارة A stable basis for trade: وذلك عن طريق وضع أساس مستقر بالاتفاق على مستوى التعرفة بين الأطراف المتعاقدة مع السماح بإعادة النظر في التعرفة الملزمة كل ثلاث سنوات فقط.

تطور الاتفاقية:

تشكل مفاوضات ارجواي التي بدأت سنة ١٩٧٠م وانتهت في ديسمبر ١٩٩٣م محوراً أساسياً بالنسبة لهذه الاتفاقية حيث كرّست مبدأ وجوب تحرير التجارة الدولية وإزالة الحواجز الجمركية والرفض النهائي لسياسة الحماية التجارية التي أدّت إلى ركود عالمي، الأمر الذي ولّد تفاؤلاً لدى مصادر الجات في أن تضيف الاتفاقية دخلاً سنوياً يبلغ (٢٣٥) مليار دولار إلى الاقتصاد العالمي في غضون عشر سنوات.

والجديد في الأمر أن لوائح الاتفاقية ستطبق لأول مرة على تجارة الخدمات كالسياحة والأعمال المصرفية والتأمين وعلى الزراعة والمنسوجات وحقوق الملكية الفكرية لدرجةٍ قيل عنها أنها تُغطي كل شيء بدءاً بالتفاح وانتهاءً بالزنك.

هذا وقد تم توقيع الاتفاقية في مراكش بتاريخ ١٩٩٤/٤/١٥م حيث صدر اعلان سُمّيَ باعلان مراكش بحضور (١٢٠) دولة.

والملاحظ أن الجات التي أنشئت كهيئة مؤقتة سنة ١٩٤٧م ستتحول إلى مؤسسة مراقبة دائمة تحت اسم "منظمة التجارة العالمية" (WTO)(١) بحيث تتساوى في مركزها القانوني مع كلٍ من صندوق النقد الدولي والبنك الدولي، وسيعهد إلى هذه المنظمة مهمة القيام بدور شرطي عالمي لحل الخلافات التجارية حيث يؤمل أن تبدأ أعمالها في الفترة بين يناير ويوليو ١٩٩٥م.

والذي يهمنا من اتفاقية الجات بصورة أساسية هو أن اعلان مراكش قد تضمن ملحقاً يتعلق بحقوق الملكية الفكرية هو الملحق IC(٢) يتناول ما جرى الاتفاق عليه بشأن التجارة المتعلقة بهذه الحقوق حيث كرّس قسماً خاصاً لكلٍ منها بما في ذلك العلامات التجارية.

وسنستعرض بشكل عام المبادىء الرئيسية التي تستند إليها حقوق الملكية الفكرية وفقا لهذا الاعلان، ومن ثم نتناول القواعد التي أقرّها بالنسبة للعلامات التجارية.

أولاً: المبادىء الرئيسية في اعلان مراكش: تطرق اعلان مراكش إلى الأهداف التي تتغيّا الجات تحقيقها بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية وحدّد الاطار الذي ينبغي أن يتقيّد به تنظيم هذه الحقوق فقضت مادته السابعة(٣) بأنه "يتعيّن أن تُسهم حقوق الملكية الفكرية، ووضع هذه الحقوق موضع التنفيذ في تعزيز الابتكار في مجال التكنولوجيا ونقلها وانتشارها بما يُحقق المنفعة المشتركة لمنتجي المعرفة التكنولوجية

(١) الحروف اختصار لعبارة: World Trade Organization

(٢) أنظر: Uruguay Round, Final Act, Marrakesh, 15 April 1994, p. 319 - 351

(٣) أنظر نص المادة في اعلان مراكش، المرجع السابق ص٣٢٣.

ومستخدميها، وبطريقة تفضي لانتعاش اقتصادي واجتماعي ولتوازن بين الحقوق والالتزامات"[1]. كما ركّز على مجموعة من المباديء العامة المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية على النحو الذي جرت عليه اتفاقية باريس حيث أشار إلى ما يلي:

أ- مبدأ التشبيه في المعاملة[2]: فقد قضت المادة الثالثة من الاعلان بأنه "مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في كلٍ من اتفاقية باريس لسنة ١٩٦٧م واتفاق بيرن لسنة ١٩٧١م واتفاق روما أو معاهدة الملكية الفكرية بشأن الدوائر المندمجة Integrated Circuits فعلى كل عضو من أعضاء هذه الاتفاقية توفير معاملة لمواطني الدولة الأخرى[3] لا تقل عن معاملته لمواطنيه فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية[4].

ب- مبدأ الدولة الأولى بالرعاية Most - Favoured - Nation Treatment[5]: وقد أشارت لهذا المبدأ المادة الرابعة من الاعلان حيث قضت بأنه [فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية فإن كل امتياز أو رعاية أو حصانة أو حماية يمنحه عضو لمواطني بلد آخر يُصبح فوراً وبدون أية شروط حقاً من حقوق مواطني الدول الأعضاء

(١) "The protection and enforcement of Intellectual property Rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations".

(٢) أشارت إلى هذا المبدأ المادة الثانية من اتفاقية باريس.

(٣) أشار الاعلان إلى أن المقصود بالمواطنين الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون natural or legal الذين يقيمون في الدولة أو لهم فيها منشأة صناعية أو تجارية فعلية وجدّية real and effective.

(٤) أنظر نص المادة في اعلان مراكش، المرجع السابق ص٣٢٢.

(٥) قريب من ذلك حق الأولوية الذي أقرته المادة الرابعة من اتفاقية باريس.

الأخرى وذلك باستثناء ما يلي:

١- الحقوق الناشئة عن الاتفاقيات الدولية بشأن المساعدة القضائية أو تنفيذ القانون شريطة أن تكون هذه الاتفاقيات ذات طبيعة عامة وغير مكرّسة بشكل خاص لحماية الملكية الفكرية.

٢- الحقوق الممنوحة بموجب نصوص اتفاق برن لسنة ١٩٧١م أو اتفاق روما والتي تحمل طابعاً ثنائياً لا دولياً.

٣- حقوق الفنانين والمنتجين للصوتيات Phonographs وهيئات الاذاعة غير المنصوص عليها في هذه الاتفاقية.

٤- الحقوق الناشئة عن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الملكية الفكرية والتي دخلت حيز التنفيذ قبل العمل باتفاقية منظمة التجارة الدولية (WTO) وذلك شريطة إخطار مجلس "التجارة المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية" (TRIPS)[١] بهذه الاتفاقيات، وشريطة خلوها مما يُعتبر تمييزاً تعسفياً وغير مبرر ضد مواطني الدول الأعضاء الأخرى[٢].

ثانياً: القواعد المتعلقة بالعلامات التجارية : أشار الاعلان لمجموعة من القواعد المتعلقة بالعلامات التجارية والتي يجدر تناولها بقدرٍ من التفصيل خاصة وأن مجموعة من الدول العربية قد وقّعت عليه ومن بينها دولة الامارات العربية المتحدة ومن أهم هذه القواعد:

---

(١) الحروف اختصار لعبارة: Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights

(٢) أنظر نص المادة في اعلان مراكش، المرجع السابق ص٣٢٢.

١- ما ورد في البند الرابع[1] من المادة ١٥ من الملحق IC من "أن طبيعة البضاعة أو الخدمات التي ستطبق عليها العلامة التجارية لن تكون عقبة في طريق تسجيل العلامة بأي حالٍ من الأحوال"[2].

ونرى أن إعمال هذا النص قد يؤدي لتسجيل علامات لتمييز أنواع من الخمور مثلاً، الأمر الذي يتعارض مع مضمون البند الثاني من المادة الثالثة من قانون العلامات التجارية الاماراتي وما يقابلها من قوانين الدول العربية؛ ولكن يمكن تحاشي ذلك استناداً إلى نص البند الثاني من المادة ١٥ نفسها حيث أنه يشير إلى حق الدول الأعضاء في رفض تسجيل العلامة شريطة أن لا تتعارض الأسباب التي يستند إليها قرار الرفض مع نصوص اتفاقية باريس لسنة ١٩٦٧م، والمعلوم أن البند (ب) من المادة السادسة من اتفاقية باريس يجيز رفض تسجيل العلامة في عدة أحوال منها مخالفتها للنظام العام والآداب العامة.

٢- ما ورد في البند الأول[3] من المادة ١٦ من الملحق IC والذي يُعطي الحق لمالك العلامة المسجلة بمنع الغير -بدون موافقته- من استعمال نفس العلامة لتمييز منتجات أو خدمات مطابقة أو مشابهة Identical or Similar للمنتجات أو الخدمات التي تميزها العلامة المسجلة حينما يؤدي ذلك الاستعمال إلى احتمال الخلط[4]، كما

---

(١) أنظر نص البند في اعلان مراكش، المرجع السابق ص٣٢٦.

(٢) The nature of the goods or services to which a trademark is to be applied shall in no case from an obstacle to registration of the trademark.

(٣) أنظر نص البند في اعلان مراكش، المرجع السابق ص٣٢٦.

(٤) Where such use would result in a likelihood of confusion.

يضيف أنه في حالة استعمال علامة مطابقة للعلامة الأصلية لتمييز بضاعة مطابقة للبضاعة التي تميزها العلامة الأصلية فإن احتمال الخلط يفترض"[1].

فبذا يكون هذا البند قد أكّد على حماية العلامة المسجلة بحيث يحظر الاعتداء عليها عن طريق استعمالها لتمييز منتجات أو خدمات تعتبر نسخة طبق الأصل عن البضائع أو الخدمات التي تميزها العلامة الأصلية أو تعتبر مشابهة لها، كما أكّد على أن استعمال العلامة لتمييز بضائع أو خدمات مطابقة يودي إلى افتراض الخلط وتضليل جمهور المستهلكين ودونما حاجة للتقصي عن موقف الانسان العادي، وفيما إذا كان سيختلط عليه الأمر بالنسبة للمنتجات أو الخدمات أم لا.

٣- ما ورد في البند الثالث[2] من المادة (١٦) من الملحق IC من أن اتفاقية باريس ستطبق على البضائع والخدمات التي لا تشبه تلك التي سجّلت عنها العلامة[3]، شريطة أن يولّد استعمال تلك العلامة لتمييز هذه البضائع والخدمات انطباعاً بالربط بينها وبين مالك العلامة المسجلة، وشريطة أن يؤدي استعمال تلك العلامة إلى احتمال الإضرار بمصالح مالك العلامة المسجلة.

فبذا تكون الاتفاقية قد تجاوزت حرفية النصوص القانونية وسايرت الاتجاه الحديث الذي يحظر استعمال العلامة التجارية المسجلة لتمييز بضائع أو منتجات تختلف عن تلك التي تميزها العلامة إلا أنها ذات صلة بها بحيث يؤدي استعمال العلامة إلى الخلط، كما لو وجدت علامة تجارية تميز نوعاً من معجون الأسنان فعمد

(١) A likelihood of confusion is presumed.

(٢) أنظر نص البند في اعلان مراكش، المرجع السابق ص٣٢٦.

(٣) Which are not similar to those in respect of which a trademark is registered

شخص غير مالكها لاستخدامها في تمييز فرشاة أسنان من انتاجه؛ وكما لو وجدت علامة تجارية تميز صنفا من ماكينات الحلاقة فعمد شخص غير مالكها لاستخدامها في تمييز شفرات حلاقة من انتاجه؛ فمما لاشك فيه أن ذلك سيولّد انطباعاً لدى جمهور المستهلكين بأن فرشاة الأسنان ومعجون الأسنان مملوكتان لمنتج واحد، وبأن ماكينات الحلاقة وشفرات الحلاقة مملوكتان لمنتج واحد أيضاً، فإذا كانت فرشاة الأسنان أو شفرة الحلاقة من نوعية متدنية الجودة فإن ذلك سيؤثر دون شك على مصلحة منتج معجون الأسنان ومنتج ماكينات الحلاقة إذ سيقلع الجمهور عن شراء منتجاتهما، الأمر الذي يؤدي للإضرار بهما ويشكل بالتالي اعتداء على علاماتهما ينبغي ردّه وجبر الضرر.

٤- ما ورد في المادة ١٩[١] من الملحق IC من أنه إذا كان تسجيل العلامة مرهوناً باستعمالها فلا يجوز إلغاء التسجيل إلا بعد مضي فترة عدم استعمال متصلة لا تقل عن ثلاث سنوات[٢] ما لم يثبت مالك العلامة وجود أسباب معقولة تعوق الاستعمال. ومن المتعيّن أن تكون هذه الأسباب غير ذات صلة بإرادة صاحب العلامة وإنما ناجمة عن ظروف خارجية مثل قيود الاستيراد import restrictions الحكومية علي البضائع والخدمات. وقد أضافت هذه المادة بأنه لأغراض استبقاء تسجيل العلامة فإن استعمال الغير للعلامة تحت اشراف مالكها يُعدّ استعمالاً لها.

---

(١) أنظر نص المادة في اعلان مراكش، المرجع السابق ص٣٢٧.

(٢) طبقاً للمادة ٢٢ من قانون العلامات التجارية الاماراتي فإن للمحكمة المدنية المختصة أن تحكم بناءً على طلب كل ذي شأن بشطب تسجيل العامة إذا ثبت لديها أنها لم تُستعمل بصفة جدية خمس سنوات متوالية إلا إذا قدّم مالك العلامة ما يبرر به عدم استعماله.

فبذا تكون الاتفاقية قد سايرت ما ذهب إليه المشرع الاماراتي إلاّ أنها فصّلت بالنسبة للأسباب التي تبرر عدم استعمال العلامة حيث استلزمت أن تكون أسبابا خارجة عن إرادة مسجل العلامة وهو أمر منطقي[1] يحول دون استبقاء علامة مسجلة لتمييز بضاعة معينة دون استعمالٍ لها استناداً لأسباب تتصل كلياً بإرادة من سُجّلت باسمه العلامة.

٥- ما ورد في المادة ٢١[2] من الملحق IC من أنه "يجوز للأعضاء تقييد الترخيص باستعمال العلامة والتنازل عنها للغير، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار حظر العمل بالترخيص الاجباري Compulsory licensing للعلامات التجارية وإعطاء مالك العلامة مطلق الحق في التنازل عنها مع المحل التجاري أو بدونه"[3].

فهذه المادة تشير إلى حق الجهة الادارية في وضع قيود على الترخيص باستعمال العلامة التجارية والتنازل عنها للغير إلا أنها لا تسمح لهذه الجهة بمنح ترخيص اجباري بحيث يمكن للغير استخدام العلامة في تمييز منتجاته أو خدماته على النحو

(١) أنظر خلاف ذلك: سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، المرجع السابق رقم ١٩٢ ص٣٠٢ حيث ترى أن مما يُسوّغ عدم استعمال العلامة وجود مالكها خارج القطر وهو أمر يتصل بإرادة صاحب العلامة في حين ينبغي أن تكون الأسباب التي تبرر عدم الاستعمال ناجمة عن ظروف خارجية.

(٢) أنظر نص المادة في اعلان مراكش، المرجع السابق ص٣٢٨.

(٣) يشكل ذلك اتجاها حديثا تبنته المادة ٢٧ من قانون العلامات التجارية الاماراتي، وإليه ذهب جانب من الفقه حيث لم يجعل ملكية العلامة مرتبطة بالمحل التجاري.

أنظر: Martin Achard, La Cession de marque, Thése, Geneve 1946

وخلافاً لذلك تقضي المادة ١٨ من قانون العلامات التجارية المصري بأنه لا يجوز نقل ملكية العلامة أو رهنها أو الحجز عليها إلا مع المحل التجاري أو المشروع الاستغلالي الذي تُستخدم العلامة في تمييز منتجاته.

الذي يجري عليه العمل في براءات الاختراع[1]. وبمعنى آخر، فعلى الرغم من أن المادة ١٩ من اتفاقية الجات تقضي بأنه إذا كان تسجيل العلامة مرهوناً باستعمالها فمن الممكن إلغاء التسجيل بعد مضي فترة عدم استعمال متصلة لا تقل عن ثلاث سنوات، إلا أن ذلك هو أقصى ما تملكه الجهة الادارية مسجلة العلامة، فلا تستطيع مثلاً أن تمنح شخصاً آخر ترخيصا اجبارياً باستعمال العلامة لتمييز منتجات مماثلة؛ وعلّة هذا الاختلاف في الحكم بين العلامة التجارية وبراءة الاختراع أن منح براءة الاختراع للمخترع وتخويله الحق في الاستئثار بالانتفاع إنما هو مقابل كشف سر الفكرة الابتكارية للمجتمع لينتفع بما توصّل إليه المخترع من تقدم ملموس في الفن الصناعي. فإذا سكت المخترع عن استغلال الاختراع فلا حاجة لبقاء الاحتكار بل الحاجة تدعو عندها لمنح غير المخترع الحق في استغلال تلك الفكرة الابتكارية تحقيقاً لمصلحة المجتمع وتقدمه، أما الاستئثار باستخدام العلامة التجارية فإنما يحقق مصلحة لصاحبها أكثر من تحقيق مصلحة للمجتمع، فإذا لم يستعملها وتم إلغاؤها فلا معنى لمنح ترخيص اجباري يقضي باستعمال غيره لها، بل أن الحاجة عندها تدعو إلى حظر استعمالها فترة من الزمن لدرء احتمال الخلط بين منتجات مالكها الأول ومالكها الجديد، ومن هنا فقد قضت المادة ٢٦ من قانون العلامات التجارية الاماراتي بأنه "إذا شُطب تسجيل العلامة التجارية، فلا يجوز إعادة تسجيلها لصالح الغير عن ذات المنتجات إلا بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ الشطب".

(١) طبقاً للمادة ٢٣ من القانون الاتحادي رقم ٤٤ لسنة ١٩٩٢م في شأن تنظيم وحماية الملكية الصناعية لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية الاماراتي فإنه يجوز لكل ذي شأن في أي وقت بعد انقضاء أربع سنوات من تاريخ ايداع طلب البراءة أو ثلاث سنوات من تاريخ منحها أن يطلب منحه ترخيصاً اجبارياً إذا ثبت أن استغلال الاختراع الذي تحميه البراءة قد توقف من قبل مستثمر البراءة لمدة سنتين مثلاً.

الخلاصة

تقديراً من المشرع لوظيفة العلامة التجارية المزدوجة كوسيلة يستخدمها صاحبها لتمييز سلعه وخدماته عن سلع وخدمات الآخرين، وكمؤشر للمستهلك للتعرف على ما ينشده من سلع وخدمات، فقد سمح باستعمالها محيطاً هذا السماح بمجموعة من الضوابط والقيود للمحافظة على مصالح كل من التاجر والمستهلك.

وضماناً لاحترام ما تبناه من ضوابط وقيود فقد جرّم مجموعة من الأفعال كتقليد العلامة التجارية وتزويرها واغتصابها واستعمال علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو ايهام الغير بتسجيل العلامة .... الخ.

وواقع الأمر، أن التشريعات المختلفة قد أفاضت في سعيها لحماية العلامات التجارية بحيث أصبحت هذه الحماية متوفرة من حيث النطاق المكاني على المستويين المحلي والدولي، وقائمة من حيث الإطار القانوني بموجب قوانين خاصة بالعلامات التجارية إلى جانب قواعد متناثرة في القوانين الأخرى.

وحرّي بنا في ختام هذا العرض الشامل للحماية القانونية للعلامات التجارية أن نشير لبعض الملاحظات المتعلقة بهذه الحماية والتي يجدر بالمشرع الاماراتي وبالتشريعات العربية المناظرة أخذها بعين الاعتبار.

١) <u>وجوب التوسّع في تجريم الأفعال المتعلقة بالاعتداء على العلامة التجارية</u> بحيث يشمل ذلك النطاقات التالية:

أ- تجريم الاستعمال الشفهي لعلامة الغير على النحو الذي جرى عليه المشرع

اللبناني، كما لو طلب عميل سلعة معينة تحمل علامة تجارية محددة، فسلّمه التاجر سلعة أخرى لا تحمل نفس العلامة المحددة.

ب- التوسّع في تجريم الايهام المتعلق بالعلامة التجارية بحيث لا يقتصر على مجرد ايهام الغير بتسجيل العلامة التجارية على نحو ما تذهب إليه التشريعات العربية عموماً، وإنما يتعداه إلى تجريم الايهام بتسجيل جزء من العلامة، أو الايهام بأن العلامة تميّز -خلافاً للواقع- بضاعة معينة، أو الايهام بأن تسجيل العلامة يخوّل صاحبها -خلافاً للواقع- حقاً استئثارياً باستعمالها بدون أية قيود، على نحو ما ذهبت إليه التشريعات الانجلوسكسونية، وذلك تأسيساً على أن من شأن الايهام بكافة الصور السابقة أن يولّد احتمالاً بتضليل الجمهور بالنسبة لحقيقة المنتجات التي تميزها العلامة.

ج- تجريم تعمُّد إغفال وضع العلامة التجارية المسجلة على المنتجات التي تميزها على النحو الذي جرى عليه المشرع اللبناني. فقد يرى التاجر أو المنتج مصلحته في تجريد منتجاته من العلامة التي تميزها خاصة إذا كانت المنتجات من نوعية متدنية، وذلك استهدافاً لوقوع جمهور المستهلكين في خلط بينها وبين المنتجات المماثل المملوكة للآخرين والتي تفوقها من حيث الجودة.

د- تجريم صناعة أو حيازة أدوات أو مواد تقليد العلامة التجارية على نحو ما ذهبت إليه التشريعات الانجلوسكسونية وعدم الاكتفاء باحتمال مصادرتها أو اتلافها على نحو ما تذهب إليه التشريعات العربية.

٢) ضرورة إعادة النظر في صياغة نصوص بعض مواد القانون منعاً للتكرار ووصولاً للاتّساق السليم، الأمر الذي يستوجب مراعاة ما يلي:

أ- ملاحظة أن مضمون البند الثاني من المادة ٣٧ من قانون العلامات التجارية الاماراتي مطابق في معناه لمضمون البند الثالث من نفس المادة حيث أن قيام شخص "بوضع علامة تجارية مسجلة مملوكة لغيره على منتجاته" لا يعدو كونه "استعمالاً بغير حق لعلامة مسجلة مملوكة لذلك الغير" الأمر الذي يجعل دلالة النصين واحدة ويتعيّن معه بالتالي الاكتفاء بأحد البندين أو إدماجهما معاً على نحو ما ذهبت إليه التشريعات العربية الأخرى.

ب- ملاحظة أن جريمة عرض تقديم خدمة تحت علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو مستعملة بغير حق المنصوص عليها في البند الخامس من المادة ٣٧ من قانون العلامات التجارية الاماراتي تماثل تماماً الجريمة المشار إليها في البند الرابع من نفس المادة والمتجسدة في بيع المنتجات التي تحمل علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق أو عرضها للبيع أو للتداول أو حيازتها بقصد البيع، الأمر الذي كان يتعيّن معه إدماجهما في بند واحد على النحو الذي ذهبت إليه معظم التشريعات العربية، ويمكن تحقيق ذلك بإضافة فقرة جديدة للبند الرابع يكون نصها على النحو التالي "وكذلك كل من عرض خدمات في ظل تلك العلامة مع علمه بذلك".

ج- ملاحظة أن صياغة المادة العاشرة من قانون العلامات التجارية الاماراتي ونظائرها في التشريعات العربية قاصرة، الأمر الذي يستدعي إعادة هذه الصياغة بحيث يصبح نصها على النحو التالي: "مع مراعاة حكم المادة ٢٦ من هذا القانون لا يجوز تسجيل أية علامة تجارية مطابقة أو مشابهة لعلامة سبق تسجيلها عن ذات

فئات المنتجات أو الخدمات أو عن منتجات أو خدمات غير مماثلة إذا كان من شأن استعمال العلامة المنوي تسجيلها أن يولّد انطباعاً بالربط بينها وبين مالك العلامة المسجلة وأن يودي إلي احتمال الاضرار بمصالحه" وذلك على النحو الذي جاء عليه نص البند الثالث من المادة ١٦ من الملحق IC من اعلان مراكش، فبذا نضمن مسايرة الاتجاهات الحديثة من ناحية، وحماية كلٍ من مالك العلامة المسجلة والجمهور من ناحية أخرى.

د- ملاحظة أن البند الأول من المادة (٣٨) من قانون العلامات التجارية الاماراتي قد أشار إلى تجريم استعمال علامة غير قابلة للتسجيل وفقاً لنص البند (١٢) من المادة الثالثة من القانون عن طريق وضع لفظ "مسجل" على العلامة التجارية باعتبار ذلك صنفاً من صنوف الأفعال التي تُشكل جريمة استعمال علامة تجارية ممنوعة قانوناً، وهو أمر لم تعمد إلى النص عليه -بحق- معظم التشريعات كالبحريني والقطري والمصري والسعودي. ثم جاءت نفس المادة في بندها الثاني لتُجرِّم وتقرر نفس العقوبة على كل من "دوّن بغير حق على علامته أو أوراقه التجارية بيان يؤدي إلى الاعتقاد بحصول تسجيلها". ونرى بهذا الصدد ما يلي:

١- ضرورة تعديل كلمة "بيان" بحيث تُصبح "بياناً" باعتبارها مفعولاً به للفعل "دوّن".

٢- ضرورة إحلال عبارة "مستنداته" محل عبارة "أوراقه التجارية" تحاشياً لانصراف الذهن إلى الكمبيالة والشيك والسند لأمر.

٣- ضرورة شطب الرقم (١٢) من البند الأول من هذه المادة الذي يُجرِّم

وضع لفظ "مسجل" على العلامة التجارية حيث أن ذلك يُشكل صورة من صور الايهام بتسجيل العلامة، وهو أمر تناوله البند الثاني من المادة ٣٨ من القانون بعبارة مجملة ينضوي تحتها التجريم المتحصل بوضع لفظ "مسجل" على العلامة التجارية.

٣) <u>ضرورة العمل على تبنّي قواعد قانونية جديدة من شأنها أن تُكمل النقص في التشريع الحالي</u> والمتمثل في:

أ- خلو اللائحة التنفيذية لقانون العلامات التجارية الاماراتي من تحديد للاجراءات المتعلقة بنشر الحكم بالإدانة على نفقة المحكوم عليه في حالة العود لارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادتين ٣٧ و٣٨ من القانون وذلك تنفيذاً لحكم المادة ٣٩ من نفس القانون، الأمر الذي يستدعي تنظيم ذلك بحيث يُعدّ قسم العلامات التجارية في وزارة الاقتصاد والتجارة اعلاناً بمضمون الحكم الصادر على المخالف في حالة العود، ومن ثمّ يُنشر على نفقته في صحيفتين يوميتين محليتين تصدران باللغة العربية. ولا يُجدي هنا الاستناد لنص المادة ٤٣ من القانون التي تُجيز للمحكمة أن تنشر الحكم في الجريدة الرسمية أو في إحدى الصحف المحلية على نفقة المحكوم عليه حيث أن تلك المادة لا تتعرّض لحالة العود من جهة، كما أن مسألة النشر جوازية بالنسبة للمحكمة في تلك الحالة بينما هى وجوبية طبقاً للمادة ٣٩ من القانون.

ب- حاجة قانون العلامات التجارية الاماراتي والقوانين العربية المناظرة إلى نص يقضي بأن استخدام علامة تجارية مطابقة لعلامة أصلية في تمييز بضاعة مماثلة لتلك لتي تميزها العلامة الأصلية يجعل من احتمال الخلط لدى جمهور المستهلكين

أمراً مفترضاً لا محتملاً وذلك على النحو الذي ورد في البند الأول من المادة ١٦ من الملحق IC الخاص باعلان مراكش.

ج- حاجة المادة ٢٢ من قانون العلامات التجارية الاماراتي ونظائرها في التشريعات العربية إلى نص يقضي بضرورة أن يكون مبرر عدم استعمال العلامة الذي يستند إليه صاحبها في رفض شطبها راجعاً لظروف خارجية لا تتصل من قريب أو بعيد بنشاطه وذلك على النحو الذي جاء عليه نص المادة ١٩ من الملحق IC من اعلان مراكش وصولاً لقطع السبيل علي احتكار علامات معينة واختلاق الحجج والذرائع لبقائها غير مستعملة مدة من الزمن.

والله ولي التوفيق ....

بسم الله الرحمن الرحيم

الآثار المترتبة على الكفالة المالية

" دراسة مقارنة "

إعداد

الدكتور ماجد محمد أبورخية *

---

* أستاذ الفقه المقارن المساعد بقسم النظم العامة والسياسة الشرعية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

مقدمة

الحمـد لله رب العـالمين حـمـداً يليق بجـلال ذاته وعظيم سلطانه والصـلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين بشيراً ونذيراً محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله الطيبين الأطهـار وصحابتـه الكرام ومن سـار على طريقـهم واتبع هداهم إلى يوم الدين .... وبعد : -

فإن الكفالة عقد من العقود المعروفة في الفقه الاسلامي وهي عقد من عقود التوثيقات الشخصية ، وأمرها قائم على مبدأ معروف في الشريعة الاسلامية وهو مبدأ التعاون بين الأفراد ، وتيسير مصالحهم ، والتفريج عن مكروبهم .

والكفالة في الأصل عمل تطوعي لاتلزم المرء إلا إذا ألزم نفسه بها فإذا ما الزم نفسه بها فإنه سيتحمل آثارها .

ولما كانت الكفالة متنوعة فمنها ما يكون بالنفس ، ومنها ما يكون بالمال ، ومنها ما يكون بضمان الدرك فقد عمدت إلى كتابة هذا البحث في الآثار المترتبة على نوع من أنواعـها وهو الكفالة الماليـة واضعـاً في الحسبـان أنني أمام كفـالة توافرت شروطها وأركانها والكفيل فيها يسأل عن الآثار المترتبة عليه نتيجة لالزام نفسه بها وجعلته تحت عنوان :

" الآثار المترتبة على عقد الكفالة المالية "

وضمنته ما يلي :

أولاً - تعريف الكفالة

ثانيا - تكييف الكفالة .

ثالثا - مشروعية الكفالة .

رابعا - الأثار المترتبة على الكفالة .

خامسا - زوال أثار الكفالة .

سادسا - الخاتمة .

وقد جعلت بحثي للنقاط الثلاثة الأولى بمثابة المدخل لما أريد التوصل إليه والتحدث عنه وهو النقطة الرابعة حيث فصلت أقوال الفقهاء فيها وبينت وجهات نظرهم وقارنت بينها وبين ما عليه العمل في القانون المدني الأردني والقانون المدني الاماراتي ، ثم عرجت في الكتابة على ذكر الحالات التي تنتهي فيها الكفالة ومن ثم ختمت البحث بذكر خلاصة لما جاء فيه .

والله أسأل أن يأخذ بأيدينا لما فيه الفلاح والصلاح ولما فيه الخير والرشاد انه على كل شيء قدير .

د . ماجد أبو رخيه

أولاً- تعريف الكفالة

الكفالة لغة [1] الضم

وكفله بمعنى ضمنه ، وتكفل بالشيء الزم نفسه به ومنه قوله تعالى (وكفلها زكريا) أي ضمنها إياه حتى تكفل بحضانتها ، وعلى قراءة كفلها بالفتح فالمعنى ضمن زكريا عليه السلام القيام بأمرها .

والكفيل الضمين وجمعه كفّل وكفلاء .

والكفيل والجميل والزعيم بمعنى واحد [2] . جاء في تحفة ابن عاصم [3] .

وسمي الضامن بالحميل كذاك بالزعيم والكفيل .

الكفالة اصطلاحاً:

عرفت الكفالة في الفقه والقانون بالفاظ متقاربة ذات معنى واحد .

فهي عند الحنفية " ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة " وفي تعريف آخر " ضم الذمة إلى الذمة في الدين " .

---

(١) لسان العرب ، ترتيب القاموس المحيط مادة كفل .

(٢) بحث القرافي الكفالة تحت عنوان كتاب الحمالة ثم نقل كلام ابن رشد بقوله قال صاحب المقدمات : وهي في اللغة سبعة الفاظ كلها مترادفة الحميل ، والزعيم ، والكفيل ، والقبيل ، والأذين ، والصبير ، والضامن " ثم ذكر أصل هذه الكلمات في اللغة وذكر شواهد على ذلك انظر الذخيرة ١٨٩/٩ .

(٣) شرح تحفة الحكام ١١٩/١

وقد رجح صاحب الهداية التعريف الأول لأن الدين - على رأي الحنفية - لا يثبت في ذمة الكفيل . لكن الذي يفهم من كلام صاحب المبسوط ترجيح التعريف الثاني حيث قال " وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من احدهما " [1] .

وهي عند المالكية " التزام مكلف دينا على غيره أو طلبه من عليه لمن هو له بما يدل عليه " .

وتعريف المالكية هذا شامل للكفالة بالمال والكفالة بالنفس فالشطر الأول منه خاص بالكفالة المالية والشطر الثاني يعني التزام الكفيل بطلب المكفول إلى المكفول له فإن كان الطلب في الكفالة بالنفس يتضمن احضار المكفول فإنه يعرف عند المالكية بضمان الوجه وإن كان الطلب يتضمن البحث عن المكفول واخبار صاحب الدين فإنه يعرف عندهم بضمان الطلب [2] .

وهي تعني عند الشافعية " التزام بحق ثابت في ذمة الغير " [3] .

وأما عند الحنابلة فقد عرفت الكفالة بأنها " ضم ذمة الضامن إلى ذمة

(١) فتح القدير ١٩٢/٧ ، اللباب في شرح الكتاب ١٥٢/٢ .
(٢) الشرح الصغير ٤٣٠/٤ ، تبيين المسالك ٣٤/٤ .
(٣) مغني المحتاج ١٨٨/٢ .

المضمون عنه في التزام الحق " [1].

هذا وقد نهج ابن حزم في تعريف الكفالة منهجاً خالف فيه الجمهور فالذي يفهم من كلامه أن الكفالة " هي نقل الحق من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل ".

يقول في المحلى :

" فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع ......فضمن له ذلك الحق إنسان ... فقط سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال " [2] .

وأما في القانون المدني فقد عرفت الكفالة في المادة ٩٥٠ والقانون الاردني بأنها (ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام بينما عرفت في المادة ١٠٥٦ في القانون الاماراتي بأنها " ضم ذمة شخص هو الكفيل إلى ذمة مدين في تنفيذ التزامه "

ويلاحظ أن القانون الأردني قد أخذ بتعريف الحنفية الذي رجحه صاحب الهداية وهو الضم بين الذمتين في المطالبة لا في أصل الدين .

وأما القانون الإماراتي فقد فسر تعريفه للكفالة حيث نص على أن الذمة التي تضم هي ذمة الكفيل وأن الذمة التي يضم إليها هي ذمة المكفول عنه وهو المدين .

(١) المغني ٤/٥٩٠ .
(٢) المحلى ٨/١١١

ثانيا - تكييف عقد الكفالة

عقد الكفالة من حيث المآل والغاية عقد توثيقي وهو من العقود التي تعرف اليوم بعقود التأمينات الشخصية التي يعمد إليها صاحب الحق من أجل ضمان حقه مستقبلاً شأنه في ذلك شأن الرهن .

وأما من حيث تبادل الحقوق بين أطراف العقد فإن الكفالة تكون تبرعاً إذا قام بها الكفيل متطوعاً دون أمر من المدين المكفول ، وليس للكفيل في هذه الحالة الرجوع على المكفول بما دفعه عنه .

وأما إذا كانت الكفالة بأمر من المكفول فإنها تتضمن معنى التبرع عند العقد ومعنى المعاوضة عند انتهائه ، ذلك أن الكفيل بالأمر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين فإذا ما طولب بدفعه فدفعه ثم أراد الرجوع على المدين بما دفع بسبب الكفالة فإن العقد يؤول إلى معاوضة [1] .

ثالثا - مشروعية الكفالة

ثبتت مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة والمعقول على النحو التالي :
- قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) [2] . أي وأنا به كفيل هذا

---

(١) المدخل الفقهي العام ٥٧٨/١ و ٥٨٣ ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٤٨ .
(٢) سورة يوسف آية ٧٢ .

ما ورد عن ابن عباس ومجاهد وقتادة وغيرهم [1] .

وقد فسر الطبري الآية الكريمة بقوله " وأنا بأن أوفيه حمل بعير من الطعام إذا جاء بصواع الملك كفيل " [2] .

وقال ابن العربي عن هذه الآية " قال علماؤنا هذا نص في جواز الكفالة " [3] .

والآية الكريمة وإن كانت تتحدث عن إخوة سيدنا يوسف عليه السلام إلا أن الذي عليه كثير من الفقهاء هو ان شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد الناسخ [4] .

٢ - ما وراه سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة ليصلي عليها فقال هل عليه من دين فقالوا لا فصلى عليه ثم أتي بجنازة أخرى فقال هل عليه من دين قالوا نعم قال صلوا على صاحبكم قال ابوقتادة عليّ دينه يارسول الله فصلى عليه) [5] .

وفي رواية عند ابن ماجه (فقال ابو قتادة أنا أتكفل به قال النبي صلى الله

---

(١) تفسير القرطبي ٢٣٢/٦ .

(٢) تفسير الطبري ٣٠/١٢ .

(٣) احكام القرآن ١٠٩٥/٣ .

(٤) فتح القدير ١٨٢/٧ ، الذخيرة ١٩١/٩ ، مغني المحتاج ١٩٨/٢ .

(٥) رواه البخاري واللفظ له وأحمد والنسائي وغيرهم ، انظر صحيح البخاري ٧/٣ مسند الامام أحمد بشرح الفتح الرباني ١٠٠/٥ ، نيل الأوطار ٢٣٧/٥ ..

عليه وسلم بالوفاء قال بالوفاء) [1] .

٣ - بما رواه أبو امامة الباهلي بقوله سمعت رسول الله صلى اله عليه وسلم يقول (العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم).

أخرجه ابن ماجه والترمذي وقال عنه حسن صحيح [2] .

٤ - وأما ثبوت مشروعية الكفالة بالمعقول فلأنها باب من أبواب المعروف فتجوز قياساً على العارية والقرض وغيرهما من أبواب المعروف ولأن فيها توثيقاً بالحق لصاحبه فهي جائزة كالرهن [3] .

رابعاً- الآثار المترتبة على عقد الكفالة

عقد الكفالة إذا كان منجزاً فإنه عقد لازم في حق الكفيل لا يملك الخلاص منه . إلا ببراءة الذمة من الدين أو تنازل المكفول له عن حقه في الكفالة لانها ليست لازمة في حقه فله فسخها أو التنازل عنها متى شاء ، فإذا ما تم عقد الكفالة بتوافر أركانه وشروطه فإن ثمة اثار تترتب عليه وإليك البيان .

---

(١) سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢ .

(٢) شرح السنة ٢٢٥/٨ ، سنن أبي داود بشرح المعبود ٤٧٨/٩ ، سنن الترمذي بشرح تحفة الأحوذي ٤ / ٤٨١ ، سنن ابن ماجه ٨٠٤/٢ .

(٣) الذخيرة ١٩١/٩ .

أولاً - حق مطالبة الدائن للكفيل والمكفول عنه بالدين:

اتفق الفقهاء على أن للدائن حق مطالبة الكفيل بالدين إذا عجز المكفول عنه عن السداد أو ماطل في ذلك واختلفوا في مطالبته مع قدرة المدين على السداد على ثلاثة أقوال :

القول الأول: قول جمهور الفقهاء:

الذي عليه الحنفية والشافعية في المشهور عندهم والحنابلة ومالك في أحد قوليه والثوري والأوزاعي واسحق هو أن للدائن حق مطالبة كل من الكفيل والمكفول عنه بالدين في وقت واحد وله أن يطالب الكفيل إن شاء كما أن له أن يطالب المكفول عنه ؛ لأن مقتضى عقد الكفالة هو ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة أو في أصل الدين كما عرفنا من قبل ، وهذا يعني بقاء ذمة كل من الكفيل والمكفول عنه مشغولة لصالح الطرف الثالث وهو الدائن المكفول له ما لم يشترط المدين براءة ذمته بالكفالة وعندها ينقلب العقد من كفالة إلى حوالة وفرق كبير بين العقدين [1] .

ويستدل لحق مطالبة الدائن لكل من الكفيل والمكفول عنه بأن ذمة المكفول عنه تبقى مشغولة بالدين ولا تبرأ إلا بسداده وهذا ما يستفاد من قوله صلى الله

(١) فتح القدير ١٨٢/٥ ، بدائع الصنائع ١٠/٦ ، كفاية الأخيار ١٧١/١ ، المغني ٦٠٥/٤ مجموعة فتاوى ابن تيميه ٥٥٠/٢٩ بداية المجتهد ٢٩٦/٢ ، الفقه الإسلامي وأدلته ١٥٠/٥ .

عليه وسلم لأبي قتادة حين وفى دين الميت الذي كفله (الآن بردت جلدته) [1] .

وأما بالنسبة للكفيل فإن ذمته تنشغل بالكفالة ويطالب بالدين أخذاً بقوله صلى الله عليه وسلم (والزعيم غارم) [2] .

القول الثاني : المالكية

الذي عليه المالكية في المشهور عندهم والشافعية في وجه أن الكفيل لا يطالب بالدين إلا إذا عجز المكفول عنه عن الدفع فالمالكية يرون أن الدائن لا يطالب الكفيل بالدين إذا كان أخذه متيسراً من المكفول عنه بأن يكون موسراً غير مماطل وأن يكون ماله حاضراً بل أن الكفيل عندهم لا يطالب بالدين ولو كان المكفول عنه غائبا إذا كان ماله حاضراً .

فإذا أعسر المكفول عنه أو أفلس فإن لصاحب الدين مطالبة الكفيل بالدفع لأنه معذور في هذا وقد حسن القرطبي هذا التفريق وإن قال بأن القياس هو جواز مطالبة الكفيل والمكفول عنه .

والمالكية يرون جواز اشتراط المكفول له (الدائن) مطالبة الكفيل والمكفول عنه كما أن له اشتراط تقديم الكفيل في المطالبة فإن حصل مثل هذا فالمسلمون عند شروطهم .

---

(١) هذه الجملة وردت في رواية جابر لحديث أبي قتادة وهذه الرواية أخرجها الامام أحمد وأبو داود والنسائي وغيرهم ، انظر نيل الأوطار ١٣٩/٥ .

(٢) كفاية الاخيار ١٧٢/١ .

كما أن المالكية يرون أن الكفيل إذا كفل الدين في ست حالات وهي الحياة والموت والحضور والغيبة . واليسر والعسر فإن للدائن مطالبته بالدين ولو تيسر الأخذ من المدين [1].

القول الثالث - قول الظاهرية وبعض الفقهاء

الذي عليه الظاهرية وأبو ثور وابن ابي ليلى وابن شبرمة هو أن الكفيل وحده هو الذي يطالب بالدين لأن عقد الكفالة اسقط حق المكفول له في مطالبة المكفول عنه وأوجب مطالبة الكفيل والدليل على ذلك ما يلي :

أ - إن الكفالة والحوالة سواء فمن المحال الممتنع أن يكون مال واحد معدود محدود على شخصين في آن واحد لأن هذا يؤدي إلى حصول صاحب الحق المكفول له على دينه من الاثنين معاً فيحصل له استراداد الدين مضاعفاً ولا قائل بهذا .

ب - إن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يصل على الميت الذي ترك ديناً ولم يترك مالاً لسداده إلا بعد أن تكفل قتادة بدينه وهذا يدل كما يقول ابن حزم على جواز ضمان دين الميت الذي لم يترك شيئاً وعلى أن الدين يسقط عن المدين بالضمان [2] .

لكن يمكن الرد على ابن حزم ومن معه بأن الاستدلال بحديث ابي قتادة

---

(١) تبيين المسالك ٢٨/٤ ، تفسير القرطبي ٢٣٣/١١ ، بداية المجتهد ، ٢٩٦ ، حاشية العدوي ٣٣٣/٢ .الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤٣٩/٣ . كفاية الأخيار ٢٧٨/١ .

(٢) المحلى ١٢٢/٨ ، تفسير القرطبي ٢٣٣/١١ ، بداية المجتهد ٢٧٢/٢ .

مـردود بقـوله صلى الله عليـه وسلم لأبي قـتـادة بعـد أن وفى دين الميت - (الآن بردت عليه جلدته) وفي هذا يقول الشوكاني " فيه دليل على أن خلوص الميت من ورطة الدين وبراءة ذمته على الحقيقة ورفع العذاب عنه إنما يكون بالقضاء عنه لا بمجرد التحمل بالدين بلفظ الضمان) "[1] .

كمـا يمكن القـول بأنه على فـرض التـسليم بسـقـوط الدين عن الميت وانتـقـال المسؤولية إلى الكفيل فإن ذلك إنما حصل للضرورة إذ لا سبيل إلى مطالبة الميت ثم انه لم يترك شيئاً يسد منه الدين أما في حالة حياة كل من المكفول عنه والكفيل فالأمر يختلف فالكفالة ضم ذمة إلى ذمة وهي تختلف عن الحوالة التي هي تحول الحق من محله الذي هو ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه "[2] .

أما قولهم بأن مطالبة كل من الكفيل والمكفول عنه تؤدي إلى استرداد الدين مضاعفاً فيرد عليه بأن الدين الذي على الكفيل هو نفسه الذي على المكفول عنه والذمتـان مـشـغـولتـان به فـإذا تم السـداد من أحدهمـا فـقـد برئت ذمـة الآخـر لأن الاستيفاء لا يكون إلا من واحد ثم انه يجوز تعلق الدين بمحلين على سبيل الاستيثاق كما يقول صاحب المغني "[3] .

ثم إنه " لا مـانع من ثبوت الدين في أكثـر من ذمة لأن الدين أمـر اعتـباري

---

(١) نيل الأوطار ٢٣٩/٥ .

(٢) المغني ٦٠٥/٤ .

(٣) فتح القدير ١٩٢/٧ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، المغني ٦٠٤/٤ .

من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين وإنما الممتنع هو ثبوت عين في زمن واحد في ظرفين حقيقيين " (1) .

الرأي المختار:

الكفالة فيها تيسير على عباد الله ومن الناس من لا يستطيع الحصول على ما يحتاج إليه بدين إلا إذا قدم ضمانا به من كفالة أو رهن أو نحو ذلك .

والأصل ان الكفيل متبرع بكفالته فهو لا يلزم بها إبتداء لكنه إذا ألزم نفسه بشيء فقد وجب . وإن مطالبة الكفيل بالدين مع قدرة المدين على السداد وعدم مماطلته تؤدي إلى احجام كثير من الناس عن فعل الخير ومن ثم تؤدي إلى حرج يقع فيه كثير من المحتاجين الذين لا يتيسر أمر حصولهم على ما يريدون لفقدان الكفيل ولذلك فإنني أرى إن الرأي المشهور عند المالكية فيه تيسير على المدين من ناحية ، ولا يضيع حق الدائن من ناحية أخرى ؛ لأنه يعطيه حق مطالبة الكفيل بالدين إذا أفلس المدين أو أعسر أو ماطل في السداد .

وأرى أن قول جمهور الفقهاء مع وجاهته فيه ترجيح لمصلحة المكفول له وأن قول المالكية فيه مراعاة لمصلحة كل من المكفول له والمكفول عنه والكفيل والله أعلم .

---

(1) الفقه الإسلامي وأدلته ١٣٢/٥ .

موقف القانون من مطالبة الكفيل:

الذي عليه القانون المدني الأردني والقانون المدني الاماراتي هو حق مطالبة الدائن للكفيل أو المكفول عنه أو مطالبتهما معاً في وقت واحد ، وقد جاء نص المادة " ١٠٧٨ " من القانون الإماراتي موافقاً لنص المادة "٩٩٧" من القانون الأردني [١] حيث جاء فيها ما يلي :

١ - للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً .

٢ - وإن كان للكفيل كفيل فللدائن مطالبة من شاء منهما .

٣ - على أن مطالبته لأحدهم لا تسقط حقه في مطالبة الباقين .

وإن الناظر في نص المادتين يدرك أن القانون قد أخذ بشكل واضح برأي جمهور الفقهاء الذي يعطي الدائن حق مطالبة الكفيل أو المكفول عنه أو الاثنين معاً ولم يأخذ برأي المالكية .

كما أخذ القانون برأي الفقهاء القائل بأن اشتراط براءة المدين في الكفالة يقلب العقد إلى حوالة حيث نصت كل من المادتين ٩٥٨ من القانون الأردني والمادة ١٠٦٥ من القانون الإماراتي على ما يلي : " الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة " .

---

(١) القانون المدني الأردني هو الأصل الذي اعتمده القانون المدني الإماراتي انظر مقدمه كتاب العقود المدنية المسماه لاستاذنا الدكتور وهبه الزحيلي .

فرع تعدد الكفلاء:

إذا تعدد الكفلاء ينظر فإن كفل كل واحد منهم المدين بعقد مستقل فإن للدائن حق مطالبتهم جميعاً ، أو مطالبة من شاء منهم بسداد الدين ، فإذا قام آحدهم بالسداد فقد برئت ذمة الجميع .

وإن كانت الكفالة مشتركة بأن كفل أكثر من واحد الشخص المدين بما عليه من الدين ولم يكفل بعضهم بعضا فإن الدائن يطالب كل واحد بحصته من الدين فإن كفل بعضهم بعضا جاز له أن يطالب كل واحد بجميع الدين [1] ، ولتوضيح ذلك نقول إذا كفل ثلاثة مديناً بثلاثة آلاف درهم فإن الدائن يطالب كل واحد منهم بالف درهم في الحالة الأولى وبثلاثة الاف درهم في الحالة الثانية فإن دفع أحدهم الدين كاملاً فإنه يرجع على الباقين نظراً لتضامنهم وكفالة بعضهم بعضا .

وجدير بالذكر ان للشافعية رأياً - وهو وجه في المذهب - في مسألة تعدد الكفلاء صوبه السبكي وهو قائم على حق مطالبة كل كفيل بجميع الدين دون الاشارة إلى تضامن الكفلاء أو عدم تضامنهم [2] ، وهذا يعني أن عقد الكفالة إذا كان مطلقا وتعدد الكفلاء فيه فإنه يعني تضامنهم وهذا ما أخذ به القانون المدني كما سنرى بإذن الله من خلال نص المادة ٩٧٦ من القانون الأردني .

---

(١) بدائع الصنائع ١٤/٦ ، تبيين المسالك ٣٠/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، المغني ٦٠٦/٤ أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٤٢ .

(٢) مغني المحتاج ٢٠٨/٢ .

موقف القانون من تعدد الكفلاء :

ما أخذ به القانون في مسألة تعدد الكفلاء لم يخرج عما جاء به الفقهاء بل هو اعتماد لما جاءوا به [1] وهذا يبدو واضحا من خلال نصوص المواد ١٠٨٥ ، ١٠٨٦ ، ١٠٨٧ ، من القانون المدني الاماراتي التي أخذت بنصها وحروفها من المواد ٩٧٤ ، ٩٧٥ ، ٩٧٦ ، من القانون المدني الأردني ، ولذلك فإنني أكتفي بذكر نصوص مواد القانون الأردني حيث نصت المادة ٩٧٤ منه على ما يلي :

" إذا تعدد الكفلاء لدين واحد جازت مطالبة كل منهم بكل الدين إلا إذا كفلوا جميعاً بعقد واحد ولم يشترط فيه تضامنهم فلا يطالب أحد منهم إلا بقدر حصته ".

ونصت المادة ٩٧٥ على ما يلي :

" إذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ووفى أحدهم الدين عند حلوله كان له أن يرجع على كل الباقين بحصته في الدين وبنصيبه في حصة المعسر منهم " .

كما نصت المادة ٩٧٦ على ما يلي :

" تستلزم الكفالة بنص القانون أو بقضاء المحكمة عند اطلاقها تضامن الكفلاء" [2].

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ص ٦٣١ .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني ص ٦٣١ ما يلي : " روعي في وضع حكم=

فرع
هل تسقط مطالبة الكفيل بموته

الغاية من الكفالة هي الاستيثاق وطمأنينة صاحب الحق على حقه وهذا المعنى يقود إلى القول بأن الكفالة لا تسقط بموت الكفيل بل ينتقل حق المطالبة إلى تركته ولولا هذا لفقدت الكفالة معناها ومغزاها إذ أن الكفيل إنسان يتعرض للموت بين لحظة وأخرى فكيف يطمئن الدائن على حقه إذا لم يتعلق هذا الحق بالتركة ؟

ثم إن الكفالة بالدين إذا كانت مطلقة فإن الكفيل يضمن في الحال إذا كان الدين حالاً ، وبحلول الأجل إذا كان الدين مؤجلاً ؛ لأن الكفالة تتقيد بصفة الدين ، وأما إذا كانت الكفالة ابتداء مقيدة بأجل فإن الذي عليه فقهاء المذاهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الكفيل لا يطالب بسداد الدين قبل حلول الأجل ، فإذا ما أراد التخلص من همّ الكفالة وقام بسداد الدين لصاحبه قبل الأجل وكانت الكفالة بأمر المكفول عنه فإنه لا يستطيع الرجوع عليه قبل انقضاء الأجل ويعد متبرعاً في الاسراع بعملية السداد [1] .

والذي عليه فقهاء المذاهب الأربعة أيضا أن الأجل يسقط بموت من كان الأجل

= هذه المادة المصلحة العامة حتى لا يلزم واحد دون آخر من الكفلاء عند تعددهم بناء على نص قانوني أو حكم محكمة وهذا ما يقتضيه أحد وجهين في مذهب الإمام الشافعي كما يعرف من الرجوع إلى نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٤٥٩ "

(١) يلاحظ أنه يجوز للكفيل عند انعقاد الكفالة أن يكفل الدين الحال مؤجلاً كأن يقول للمكفول له أنا اكفل لك فلانا مدة سنة من هذا اليوم وعندها يبقى الدين حالاً في حق =

لصالحه ، فإذا مات المدين سقط الأجل في حقه وأصبح الدين متعلقاً بتركته وللدائن أن يأخذه من التركة ويبقى الكفيل على أجله وله في مثل هذه الحالة كما يقول المالكية مطالبة صاحب الدين " بتخليصه من ورطة الضمان كأن يقول له إما أن تطلب حقك من المدين أو تسقط عني الضمان " .[1]

وإن مات الكفيل سقط الأجل باتفاق الفقهاء وجاز للدائن المكفول له عند الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في قول أن يأخذ دينه من تركته التي آلت إلى الورثة وهؤلاء بدورهم يرجعون على المدين الأصلي المكفول عنه عند حلول الأجل

= المكفول عنه الدين ويصبح مؤجلاً في حق الكفيل لأن الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد وتاريخ انعقاد الكفالة هو إبتداء ثبوت الحق بالنسبة للكفيل لأنه لم يكن ثابتاً عليه من قبل .

كما يجوز للكفيل في إبتداء العقد أن يكفل الدين المؤجل إلى أجل أخر كأن يكون الدين مؤجلاً في الأصل إلى شهر فيكفله إلى شهرين وعندها لا يطالب الكفيل بالدين قبل انتهاء الشهرين انظر بدائع الصنائع ٣/٦ ، المهذب ٣٤١/١٢ ، المغني ٦٠١/٤ الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤٣٩/٣ ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٤٨ .

وعلى هذا نصت المادتان ٩٧٠ من القانون الأردني و ١٠٨١ من القانون الاماراتي " إذا كفل أحدهم بالدين المعجل كفالة مؤجلة تأجل الدين على الكفيل والأصيل معا إلا إذا أضاف الكفيل الأجل إلى نفسه أو اشترط الدائن الأجل للكفيل فإن الدين لا يتأجل على الأصيل " .

(١) تبيين المسالك ٢٩/٤

إذا كانت الكفالة بأمره [1] .

وعلى القول المشهور عند المالكية أنه يوقف من مال الكفيل بمقدار الحق الذي التزم به حتى يحين الأجل فإن تمكن الدائن أخذ دينه من المدين فإنه لا سبيل له إلى المال الموقوف ، وإن لم يتمكن من ذلك أخذه من مال الكفيل الذي تم دفعه ثم يعود ورثة الكفيل على المدين بما دفعوه عنه [2] .

يقول صاحب البدائع :

" ولو كان الدين على الأصيل مؤجلاً إلى سنة فكفل به مؤجلاً إلى سنة أو مطلقاً ثم مات الأصيل قبل تمام السنة يحل الدين في ماله وهو على الكفيل إلى أجله وكذا لو مات الكفيل دون الأصيل يحل الدين في مال الكفيل وهو على الأصيل إلى أجله لأن المبطل للأجل وجد في حق أحدهما دون الآخر " [3] .

وإن مات الكفيل والمكفول عنه فإن صاحب الدين بالخيار إما أن يأخذ دينه من تركة المدين وعندها تبرأ تركة الكفيل وإما أن يأخذه من تركة الكفيل ويرجع ورثته على ورثة المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره [4] .

(١) بدائع الصنائع ٣/٦ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٤ ، تبيين المسالك ٢٩/٤ ، المغني ٦٠٢/٤ ، أحكام المعاملات الشرعية ٤٤٩ .

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة ١٣٠/٢

(٣) بدائع الصنائع ٣/٦ وانظر في هذا المعنى : المغني ٦٠٢/٤ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٣١٩/٥ ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٤٩ الكفالة والحوالة =

موقف القانون :

لم يتعرض القانون لمسألة موت الكفيل والمكفول عنه وفيما عدا ذلك فقد جاءت نصوص مواد القانونين الأردني والإماراتي المتعلقة بهذه المسألة منسجمة مع ما قال به الفقهاء من قبل حيث نصت كل من المادتين ٩٦٩ من القانون الأردني و ١٠٨٠ من القانون الإماراتي على ما يلي :

" إذا وقعت الكفالة مطلقة فإن التزام الكفيل يتبع التزام الأصيل معجلا كان أو مؤجلاً " .

ونصت المادتان ٩٧٣ من القانون الأردني و ١٠٨٤ من القانون الاماراتي على ما يلي " إذا مات الكفيل أو المدين قبل حلول الدين المؤجل استحق الدين في تركة من مات " .

ثانيا - مطالبة الكفيل لكل من المكفول عنه والمكفول له بتبرئة ذمته :

أ - مطالبة المكفول عنه :

اتفق الفقهاء على أنه ليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بسداد الدين في الحال إذا كان مؤجلاً بحجة الرغبة في ابراء الذمة والتخلص من الكفالة لأن الأصل هو التزام الكفيل بكفالته .

= ص ١٨٥ .

*يمكن القول بجواز هذه الصورة عند المالكية في حالة اشتراط الدائن مطالبة كل من الكفيل والمدين أو في حالة ضمان الكفيل للمدين في الحالات الست التي ذكرت عندهم . انظر ص ١١ . ١٢ من هذا البحث .

لكن هل يجوز للكفيل مطالبة المكفول عنه بسداد الدين إذا حل الأجل ؟

من المعروف ان الكفالة إما أن تكون بإذن المكفول عنه أو بغير اذنه . فإذا كانت بإذن المكفول عنه فالذي عليه الحنفية والشافعية في الأصح عندهم والحنابلة في الأظهر من أقوالهم [1] هو جواز مطالبة الكفيل المكفول عنه بسداد الدين حتى تبرأ ذمته إذا طولب من صاحب الحق وهو الدائن ، كما أن للكفيل - عند الحنفية والشافعية في قول - أن يلازم المكفول عنه إذا لوزم وان يحبسه إذا حبس لانه السبب في ذلك [2] .

وإن لم يطالب صاحب الحق الكفيل فليس له حق مطالبة المكفول عنه الشأن في ذلك شأن الرجوع بالدين فإنه ليس للكفيل أن يرجع على المكفول عنه قبل الأداء .

وهناك قول مرجوح عند الحنابلة والشافعية بجواز مطالبة الكفيل للمكفول عنه وإن لم يطالب من المكفول له الشأن في ذلك شأن من استعار عينا للرهن فرهنها فإن للمالك المطالبة بفكها ؛ ولأن الكفيل قد شغلت ذمته بأمر المكفول عنه فله أن يطالب بتخليصه وتبرئة ذمته .

---

(١) بدائع الصنائع ١١/٦ ، اللباب ١٥٧/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٤ ، كفاية الأخيار ١٧٢/١ المهذب ٣٤٢/١ ، المغني ٦١٠/٤ ، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ص ١٢٤ .

(٢) بدائع الصنائع ١١/٦ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٤ .

ورد على هذا بأن الصورة في الكفالة تختلف عنها في الرهن فصاحب العارية يتضرر بتعطيل منافعها ولذلك يملك المطالبة حتى يرفع الضرر عنه بينما الكفيل لا يتعطل بالكفالة شيء من منافعه [1] .

وأما المالكية فقد وافقوا الجمهور في القول بجواز مطالبة الكفيل للمكفول عنه لكنهم لايشترطون - فيما اطلعت عليه من كتبهم - أن تكون مطالبة الكفيل موقوفة على مطالبة الدائن له [2].

وهذا موافق للمشهور عندهم وهو أن الدائن لا يطالب الكفيل بالدين مع قدرة المدين على السداد وعدم مماطلته [3].

وإذا كانت الكفالة بغير إذن المكفول عنه فليس للكفيل مطالبته بالسداد ، وليس له حق ملازمته إذا لوزم ولا حق حبسه إذا حبس ذلك أن الكفيل في مثل هذه الحالة متبرع بكفالته وذمته لم تشغل بأمر المكفول عنه عند الجمهور [1] .

وللكفيل عند المالكية في مثل هذه الحالة تبرئة لذمته أو خوفاً من إفلاس مطالبة المدين بسداد الدين لصاحبه إذا حل الأجل [2] .

---

(١) المغني ٤/ ٦١٠ ، مغني المحتاج ٢/ ٢٠٩ .

(٢) الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/ ٤٤٠ ، تبيين المسالك ٤/ ٢٩ .

(٣) انظر ص ١١ من البحث .

(١) بدائع الصنائع ٦/ ١،حاشية ابن عابدين ٥/ ٣١٤، المغني٤/ ٦١٠، مغني المحتاج ٤/ ٢٠٩.

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ١٣٠

ب - مطالبة المكفول له :

بناء على أصل عدم جواز مطالبة الكفيل للمكفول عنه بسداد الدين قبل أن يطالب فقد ذهب الشافعية إلى القول بأنه ليس للكفيل أن يقول لصاحب الدين إما أن تبرئني من الحق وإما أن تطالبني به لأطالب المكفول عنه [٣] .

وأما المالكية فقد ذهبوا إلى القول بجواز مطالبة الكفيل لصاحب الحق بتخليصه من الكفالة إذا حل الأجل بأن يقول له إما أن تطلب حقك من المدين أو تسقط عني الضمان .

موقف القانون من مطالبة الكفيل لكل من المكفول عنه والمكفول له :

نصت المادة ٩٨١ من القانون الأردني على ما يلي :

" إذا استحق الدين ولم يطالب الدائن المدين به فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين ، وإذا لم يقم بذلك خلال ستة أشهر من تاريخ الانذار ولم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً خرج الكفيل من الكفالة .

ولقد أخذ القانون الاماراتي بما جاء به القانون الأردني لكن بعبارة مختصرة حيث نصت المادة ١٠٩٢ على ما يلي :

" إذا استحق الدين فعلى الدائن المطالبة به خلال ستة أشهر من تاريخ الاستحقاق وإلا اعتبر الكفيل خارجاً من الكفالة " .

ويلاحظ من خلال نص المادتين ما يلي :

---

(٣) مغني المحتاج ٢/٢٠٩ .

١ - أن القانون الأردني جعل براءة الكفيل من الكفالة مرتبطة بتوجيهه انذاراً للدائن بضرورة المطالبة بدينه واتخاذ الإجراء اللازم بحق المدين خلال ستة أشهر من تاريخ الانذار إذا استحق الدين .

٢ - إن القانون قد استند فيما ذهب إليه إلى المبادىء العامة في الشريعة والمصلحة المستنبطة من خلالها حيث جاء في المذكرة الايضاحية للقانون الأردني ما يلي :

" وإذ استحق الدين ولم يطالب الدائن المدين به فيجوز للكفيل أن ينذر الدائن باتخاذ الاجراءات وألا خرج من الكفالة كى لا يقع في الضرر فيما إذا أصاب المدين اعسار طارىء أو أي سبب آخر يحول دون استيفاء الحق منه لأن الضرر يزال ولا ضرر ولا ضرار كما يتبين من المواد ١٩ ، ٢٠ ، ٥٨ من المجلة وشرحها لعلي حيدر ، و ٨٧٥ من مرشد الحيران .... الخ "[١].

٣ - إن القانون أخذ بشكل عام بالتوجه الفقهي الذي يرى أن أمر الكفالة لا يجوز أن يبقى معلقاً إذا حل الأجل ، وأن مصلحة الكفيل تتحقق ببراءة ذمته في الوقت المحدد حتى لا يتوقف الناس عن فعل الخير والتعاون على البر والتقوى ، وأنه أخذ بشكل خاص برأي المالكية فيما يتعلق بطلب الكفيل للدائن القيام بمطالبة المدين بسداد دينه أو اسقاط الكفالة . مع ملاحظة إن الفقهاء لم يحددوا مدة بهذا الخصوص كما فعل القانون .

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني ص ٦٣٣ .

٤ - إن القانون لم يتعرض إلى التفريق بين ما إذا كانت الكفالة بأمر المدين وإذنه أم لا كما فعل الفقهاء ، ولم يتعرض إلى مطالبة الكفيل للمدين بسداد الدين إذ حل الأجل وكانت الكفالة بإذنه ، وإن كان قد تعرض إلى حق الكفيل في طلب منع المدين من السفر حيث نصت المادتان ٩٨٤ من القانون الأردني و ١٠٩٥ من القانون الاماراتي على ما يلي :

" للكفيل بالمال أو بالنفس أن يطلب من القضاء منع المكفول من السفر خارج البلاد إذا كانت الكفالة بأمره وقامت دلائل يخشى معها الحاق الضرر بالكفيل " .

ثالثا - رجوع الكفيل على المدين:

ذكر صاحب المغني أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الكفيل إذا قام بقضاء الدين غير قاصد للرجوع به على المدين فإنه لا يرجع بما أداه سواء كانت الكفالة بإذن المدين أو بغير إذنه ؛ لأنه فعله يعد عملاً تطوعياً فاشبه الصدقة [1] .

واما إذا قام الكفيل بقضاء الدين قاصداً للرجوع به على المدين فهناك حالات هي :

الحالة الأولى:

أن تكون الكفالة بإذن المدين ويكون الأداء بإذنه وهنا يرجع الكفيل على

(١) المغني ٤/٦٠٧ .

المدين باتفاق الفقهاء لأن العلاقة بين الكفيل والمدين في معنى الاستقراض ولا يتحقق هذا المعنى بغير إذن [1] . *

الحالة الثانية :

أن تكون الكفالة بإذن المدين والأداء بغير اذنه وفي هذه الحالة يرجع الكفيل على المدين أيضا ، لأن الأذن بالكفالة متضمن للاذن بالاداء ، ولأن الكفالة نفسها تلزم الكفيل بالاداء .

وللشافعية في هذه الصورة قول مرجوع وهو أن الكفيل لا يرجع على المدين لأنه ليس مأذونا في الأداء عنه [2] .

الحالة الثالثة :

أن تكون الكفالة بغير إذن المدين وقضاء الدين بإذنه فللكفيل أن يرجع على المدين عند الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في قول ذلك أن الكفيل قد أسقط الدين عن المدين بأمره فيكون كالكفيل بإذن مسبق أو يكون كالمأمور بالدفع فيرجع

---

(١) بدائع الصنائع ١٣/٦ ، تبيين المسالك ٢٧/٤ ، بداية المجتهد ٢٩٨/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٢ المهذب ٣٤٢/١ . المغني ٦٠٧/٤ ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٤٨ ، العقود المسماة ص ٣١٨ .
انظر المحلي ١١٦/٨ .

* ذهب ابن حزم إلى القول بعدم رجوع الكفيل على المدين بما أداه عنه سواء أكانت الكفالة بإذنه أم بغير إذنه لأنه يرى أن عقد الكفالة يجعل الكفيل هو المطالب الوحيد بأداء الدين .

(٢) فتح القدير ١٨٩/٧ ، الذخيرة ٢٠٣/٩ مغني المحتاج ٢٠٩/٢ ، المغني ٦٠٨/٤ .

على الأمر [1] .

وذهب الشافعية في الأصح من أقوالهم .... إلى ان الكفيل لا يرجع بما أداه لأن وجوب الاداء بسبب الضمان ولم يؤذن فيه [2] .

وقد اشترط للرجوع في مثل هذه الحالات ما يلي :

أ - أن يكون الاداء مع حلول الأجل أو بعده فلا يملك الكفيل الرجوع على المدين إذا كان الاداء قبل حلول الأجل حتى لا يلحق ضرر به .

ب - إضافة الكفالة إلى المدين بأن يقول للكفيل اكفلني بكذا فلو قال اكفل بكذا دون الاضافة إلى نفسه فإن الكفيل لا يملك الرجوع عليه وهذا ما أخذ به الحنفية [3] .

وأما الحنابلة فلم يأخذوا بهذا الشرط بل قالوا إن اذن المدين بالكفالة لا يكون إلا لما هو عليه من الدين [4] .

جـ - أن لا يكون على الكفيل دين للمدين مثل الذي قام بسداده لأنه يكون في مثل هذه الحالة قد قام بسداد دين مقابل ما عليه من الدين فيسقط الدينان

---

(1) بدائع الصنائع ١٣/٦ ، فتح القدير ١٩٠/٧ ، المغني ٦٠٨/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٢ .

(2) مغني المحتاج ٢٠٩/٤ - كفاية الأخيار ١٧/١ ، المهذب ٣٤٢/١ .

(3) بدائع الصنائع ١٣/٦ .

(4) المغني ٦٠٨/٤ .

ولا يملك الرجوع [1] .

الحالة الرابعة :

أن تكون الكفالة والأداء بغير اذن وفي هذه الحالة لا يرجع الكفيل على المدين بشيء عند الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية [2] لأنه يعتبر متبرعاً بقضاء الدين عن الغير فاشبه مالو تبرع باطعام غيره ، ولأنه لا يجوز تمليك الدين لغير من عليه الدين وليس بالامكان إثبات الدين في ذمة المطلوب منه بغير رضاه .

وقد استدل لهذا الرأي أيضا بحديث أبي قتاده رضي الله عنه ووجه الدلاله فيه أن الكفيل لو كان يستحق الرجوع بالدين لكان الدين له ولكانت ذمة الميت مشغولة به ولما صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم . وذهب المالكية والحنابلة في المشهور عندهم إلى أن الكفيل يرجع على المدين بما أداه عنه في مثل هذه الحالة ويعلل صاحب المغني هذه الرواية عند الحنابلة بقوله " إنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عند امتناعه ورد على الاستدلال بحديث أبي قتاده بقوله : " فأما علي وابو قتاده فإنهما تبرعا بالقضاء و الضمان فإنهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه صلى اله عليه وسلم

---

(1) بدائع الصنائع ١٣/٦ .

(2) فتح القدير ١٨٩/٧ ، اللباب في شرح الكتاب ١٥٢/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٢ ، كفاية الأخيار ، المغني ٦٠٨/٤ ، فتاوي ابن تيمية ٥٤٦/٢٩ ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٤٨ ، المعاملات الشرعية الحديثة ص ١٩٥ .

مع علمهما بأنه لم يترك وفاء والمتبرع لايرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع "[1] .

وقد ذكر القرافي في الذخيرة قاعدة تبين وجهة نظر المالكية في هذه المسألة . حيث قال إن :(كل من أدى عن أحد مالاً شأنه اعطاؤه . أو فعل له فعلاً شأنه أن يؤدي في عمله أجرة كغسل يديه ونحوه ، فإنه يرجع عليه بذلك وأجرة ذلك العمل ، كان واجباً أم لا خلافاً للأئمة فإنه يعدونه متبرعاً . لنا أن لسان الحال يقوم مقام لسان المقال ولو صرح ها هنا بذلك لزمه فكذلك إذا دل عليه لسان حاله ، كما وافقنا في المعاملات وغيرها في تعيين النقد الغالب بلسان الحال ، ومنفعة العين المستأجرة لما جرت العادة بمثله وإن لم يصرح به .... "[2] .

والمالكية يرون جواز تمليك الدين لغير من عليه الدين فاستتبع ذلك جواز رجوع الكفيل على المدين بما ادى لأنه حل محل الدائن في دينه وبعبارة أخرى فإن الدائن باستيفائه الدين من الكفيل قد أقامه مقام نفسه في أخذ المال من المدين أو ملكه ما على المدين له في مقابل ما أخذه منه [3] .

---

(١) المغني ٦٠٩/٤ ، احكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ص ١٢٧ .

(٢) الذخيرة ٢٠٣/٩ .

(٣) أحكام المعاملات الشرعية ص ٤٤٩ ، المعاملات الشرعية الحديثة ص ١٩٥ . =

فرع بما يرجع الكفيل على المدين

ذهب الحنفية إلى القول بأن الكفيل يرجع علي المدين بما كفله به لا بما اداه عنه ، لأنه بالاداء يكون قد ملك ما في ذمة المدين كما لو ملكه بالارث أو الهبه فينزل منزلة الدائن فيرجع بالدين نفسه . فيرجع عليه به حتى لو أعطى بالدراهم دنانير ، أو شيئا من المكيل أو الموزون فإنه يرجع بما كانت الكفالة به .

وهذه الصورة عند الحنفية تختلف عن صورة أمر المدين لغيره باداء الدين عنه فإن للمأمور أن يرجع بالمؤدى لا بالدين لأنه بالاداء لم يملك الدين بل أقرض المدين فيرجع عليه بما أقرضه [1] .

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية ، والشافعية ، والحنابلة إلى القول بأن الكفيل يرجع على المدين بما اداه عنه فإن كان ما اداه أكثر من الدين فإنه متبرع

= أ - لو وهب الدائن دينه للكفيل فإن له عند الحنفية أن يرجع على المدين لأن صاحب الدين يكون بهبته قد ملك الكفيل ماله في ذمة المدين ، ولا يرجع عند الشافعية إلا إذا قام الدائن بقبض ماله من الكفيل ثم وهبه إياه فإن له الرجوع على المدين في هذه الحالة . انظر بدائع الصنائع ١٣/٦ ، مغني المحتاج ٢١٠/٢ .

ب - ولو مات الدائن فورثه الكفيل فإنه يرجع على المدين ، ولو ورثه المدين بريء الكفيل . انظر فتح القدير ١٨٩/٧ ، مغني المحتاج ١٠/٢ .

(١) بدائع الصنائع ١٥/٦ ، فتح القدير ١٩٠/٧ ، حاشية ابن عابدين ٣١٤/٥ ، الفقه الاسلامي وادلته ١٥٩/٥ ، الكفالة والحوالة ص ٢٠٦ .

بالزيادة وإن كان ما اداه عنه أقل من الدين فإنه لا يستحق إلا ما غرمه [1] يقول صاحب مغني المحتاج " وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض " [2] .

وأما إذا صالح الكفيل الدائن على جزء من الدين مما يجوز للمدين أن يصالح عليه كأن يصالحه على خمسمائة والدين الف فقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الكفيل لا يرجع إلا بخمسمائة ، لأن الصلح ليس تمليكا حتى لا يؤدي به إلى الربا وإنما هو اسقاط لبعض الحق والساقط لا يعود ولا يحتمل الرجوع فيه ويكون الدائن بصلحه مع الكفيل قد تنازل عن نصف ماله واكتفى بأخذ النصف الآخر فيسري التنازل في حق كل من الكفيل والمدين وعندها يرجع الكفيل بما صالح به واداه فقط وهو النصف [3] .

هذا إذا كانت المصالحة على جنس الدين عند الحنفية أما إذا كانت المصالحة بجنس آخر فإن الكفيل يرجع على المدين بكل الدين عند الحنفية " لأن الصلح على جنس آخر يعتبر مبادلة مالية يملك بها الكفيل الدين فيرجع به كله على الأصيل "[4] .

---

(١) تبيين المسالك ٢٧/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٢ ، المغني ٦٠٩/٤ ، احكام المعاملات المالية في مذهب الحنابلة ص ١٢٦ .

(٢) مغني المحتاج ٢٠٩/٢ .

(٣) فتح القدير ١٩٣/٧ ، بدائع الصنائع ١٥/٦ ، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٢٣٧/٤ ، المغني ٦٠٩/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٢ .

(٤) الكفالة والحوالة ص ٢٠٧ .

وأما عند جمهور الفقهاء فإن الكفيل يرجع على المدين بالأقل من الدين ومن قيمة ما صالح به فلو صالح عن الف درهم على ثوب قيمته خمسمائة درهم أو عن خمسمائة درهم بثوب قيمته الف فإنه يرجع بالخمسمائة فقط [1] .

موقف القانون:

١ - أخذ القانون الأردني والقانون الاماراتي بالمذهب الحنفي فيما يتعلق بما يرجع به الكفيل على المدين وهو الرجوع بما كفل لا بما ادى ولو أخذ برأي الجمهور لكان أولى دفعا لشبهة الزيادة ، والله أعلم .

وأما فيما يتعلق بمصالحة الكفيل مع الدائن فقد أخذ بما أخذ به أصحاب المذاهب الفقهية من قبل ولقد نصت المادتان ٩٨٢ من القانون الأردني و ١٠٩٣ من القانون الاماراتي على ما يلي :

" إذا أدى الكفيل عوضاً عن الدين شيئاً آخر فإنه يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه ، أما إذا صالح الدائن على مقدار من الدين فإنه يرجع بما اداه صلحاً لا بجميع الدين .

٢ - ابرز القانون مسألة رجوع الكفيل على المدين بما يدفعه من نفقات في سبيل تنفيذ الكفالة وأرى أن القواعد الفقهية لا تمنع من الزام المدين بذلك [2]

---

(١) مغني المحتاج ٣٤٢/٢ ، المغني ٦٠٩/٤ ، الشرح الصغير ٢٣٧/٤ ، أحكام المعاملات في المذهب الحنبلي ص ١٢٦ .

(٢) انظر الكفالة والحوالة ص ٢٠٧ .

لكن القانون لم يبين ان الرجوع بالنفقات إنما يكون إذا كانت الكفالة بإذن المدين ولو فعل لكان أحسن لأن الكفالة إذا كانت بغير اذن فإن ما يدفعه الكفيل من سداد للدين أو أجور ونحوها إنما هو من قبيل التبرع فلا يرجع به على رأي جمهور الفقهاء كما بينا من قبل ولقد نصت المادتان ٩٨٥ من القانون الأردني و ١٠٩٦ من القانون الاماراتي على ما يلي :

" للكفيل أن يرجع على المدين بما يؤديه من نفقات لتنفيذ مقتضى الكفالة " .

٣ - ذكر القانون بعض الشروط التي لا يجوز للكفيل أن يرجع على المدين بما دفعه عنه إلا بعد تحققها فيكون بذلك قد أخذ بما ذكره الفقهاء من قبل حيث نصت المادتان ٩٧٩ من القانون الأدنى و ١٠٩٠ من القانون الاماراتي على ما يلي :

١ - ليس للكفيل أن يرجع على الأصيل بشيء مما يؤديه عنه إلا إذا كانت الكفالة بطلبه أو موافقته وقام الكفيل بادائها .

٢ - وليس له أن يرجع بما عجل اداء من الدين المؤجل إلا بعد حلول الأجل .

خامسا - زوال آثار الكفالة المالية

قلنا إن الكفالة عقد لازم في حق الكفيل لا يستطيع التخلص منه وازالة آثاره إلا ببراءة الذمة التي لا تتحقق إلا بواحد مما يلي :

١ - أداء الدين :

إذا أديّ الدين إلى صاحبه سواء كان الأداء من الكفيل أم من المدين فإن الكفالة تنتهي لأن الدين سبب لها ولا بقاء للشيء بعد زوال سببه .

ويلحق بالاداء هبة صاحب الدين المال من الكفيل أو المدين لأن ا لهبة في منزلة الأداء ، وكذلك موت الدائن وانحصار تركته في المدين أو الكفيل لانه بالميراث يملك ما في ذمته ، فإن كان الوارث هو الكفيل فإنه يحل محل الدائن ويملك ما في ذمته كما لو ملكه بالاداء فيرجع على المدين ، وإن كان الوارث هو المدين فإنه يكون قد ملك الدين وأصبح مالا له فيبرأ الكفيل لعدم وجود المطالب .

٢ - الابراء :

إذا ابرأ الدائن الكفيل من الكفالة فان ذمته تبرأ وتزول اثارها لان الكفالة حق لصاحب الحق وهو الدائن فتسقط باسقاطه .

وكذلك إذا ابرأ الدائن المدين من الدين فإن هذه البراءة تسقط الدين والكفالة معاً فإن كان الكفيل واحداً بريء وإن تعدد الكفلاء برئوا جميعاً لان الكفالة وثيقة للدين فتزول بزواله .

ويلاحظ ان الفقهاء متفقون على ان ابراء الكفيل من الكفالة يزيل الكفالة ولا يسقط الدين لأن الكفالة تبع فلا تؤثر على الأصل وهو الدين ولأنها وثيقة انحلت بالبراءة من غير استيفاء الدين .

وإن ابراء المدين من الدين مسقط له ومزيل للكفالة لانها تبع والتابع تابع ؛ ولأن مطالبة الكفيل مرتبطة ببقاء الدين على المدين فإن زال بابراء صاحبه زال ما ارتبط به وهو الكفالة .

٣ - المصالحة على الدين:

إذا صولح الدائن على الدين سواء كانت المصالحة على جنس الدين أم على غير جنسه فإن الكفالة تنتهي بهذا الصلح .

٤ - الحوالة:

إذا أحال الكفيل الدائن بمال الكفالة على رجل آخر وقبل الدائن الحوالة فإن الكفيل يبرأ من كفالته وكذا إذا أحال المدين الدائن بمال الكفالة على رجل آخر وقبله الدائن فإن الكفالة تنتهي وتنتهي معها مطالبة الكفيل والمدين بالدين لأن الحوالة نقل ذمة إلى ذمة وهي مبرئة من الدين والمطالبة به .

٥ - سقوط الدين:

تنتهي الكفالة بسقوط الدين كما لو كانت الكفالة بثمن المبيع وانفسخ البيع بخيار الرؤية أو بظهور عيب في المبيع أو باستحقاقه ففي هذه الحالة يبرأ الكفيل من الكفالة لأن فسخ البيع سبب في اسقاط الدين والكفالة من أجله

فتنتهي بانتهائه وكذا الحال في استحقاق المبيع فإن الثمن يكون غير واجب على المشتري والكفالة لا تكون إلا بدين ثابت [1] .

زوال آثار الكفالة في القانون :

جاءت المواد ٩٨٧ - ٩٩٢ من القانون الاردني والمواد ١٠٩٩ - ١١٠٥ من القانون الاماراتي مبينة للحالات التي تنتهي فيها الكفالة وهي الحالات نفسها التي قال بها الفقهاء من قبل وإليك البيان :

المادة ٩٨٧ من القانون الاردني

" تنتهي الكفالة باداء الدين أو تسليم المكفول به وبابراء الدائن للمدين أو كفيله من الدين " .

المادة ٩٨٨

" الكفيل بثمن المبيع يبرأ من الكفالة إذا انفسخ البيع أو استحق المبيع أو رد بعيب .

المادة ٨٩

" إذا صالح الكفيل أو المدين الدائن على قدر من الدين برئت ذمتهما من الباقي فإذا اشترطت براءة الكفيل وحده فالدائن بالخيار إن شاء أخذ القدر المصالح

---

(١) انظر في هذه الأسباب بدائع الصنائع ١١/٦ ، ١٢ فتح القدير ١٩٣/٧ وما بعدها ، تبيين المسالك ٢٦/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٢ ، المغني ٦٠٤/٤ أحكام المعاملات الشرعية في المذهب الحنبلي ص ٤٤٩ ، الكفالة والحوالة ص ٢٠٠ ، الفقه الاسلامي وأدلته ص ١٥٣ .

عليه من الكفيل والباقي من الاصيل وإن شاء ترك الكفيل وطالب الأصيل بكل الدين .

المادة ٩٩٠

إذا مات الدائن وانحصر ارثه في المدين بريء الكفيل من الكفالة فإن كان له وارث آخر بريء الكفيل من حصة المدين فقط .

المادة ٩٩٢

١ - إذا أحال الكفيل أو الأصيل الدائن بالدين المكفول به أو بجزء منه على آخر حوالة مقبولة من المحال والمحال عليه بريء الأصيل والكفيل في حدود هذه الكفالة .

سادسا-الخاتمة

وبعد:

فهذا ما قدرني الله عليه من الكتابة في جزئية من جزئيات الكفالة وهي الآثار المترتبة على الكفالة المالية وقد تبين لي من خلالها ما يلي :

١ - إن الكفالة امرها عظيم وانها ملزمة لصاحبها الذي لا يستطيع التخلص منها والفكاك من أسرها إلا بالوفاء بها حتى إنه لو مات فإن الكفالة تتعلق بتركته كما علمنا من قبل الأمر الذي يملي على الأنسان العاقل أن يفكر ملياً قبل أن يوقع عليها ويقيد نفسه بقيودها ، وأن يمعن النظر في الشخص الذي يكفله حتى لا يسبب له الوقوع في المتاعب مستقبلاً ويقع في شرك المثل القائل بأن الكفالة أولها شهامة وأوسطها ندامة وآخرها خسارة .

٢ - إن الذي عليه جمهور الفقهاء هو حق مطالبة المكفول له لكل من الكفيل والمكفول لأن الكفالة تعني ضم ذمة الى ذمة مع ملاحظة شرط المالكية المشهور عندهم وهو ان مطالبة الكفيل إنما تكون بعجز المكفول عن الوفاء أو مماطلته .

٣ - إن رأي ابن حزم ومن قال بقوله وهو إن الكفالة تنقل حق المطالبة من المكفول إلى الكفيل فلا يطالب غيره رأي غير سديد لأن الذي ينقل حق المطالبة هو الحوالة وفرق بينها وبين الكفالة .

٤ - إن للكفيل إذا حل أجل الكفالة الطلب من المدين أن يخلصه من الكفالة

بسداد ما عليه من الدين ، وان له ايضاً حق مطالبة الدائن بالضغط على المدين للاسراع في سداد دينه حتى لا تتعطل مصالحه ببقاء ذمته مشغولة للغير وإلا أسقط الكفالة ، وقد رأينا إن القانون حدد أجلاً لهذا الغرض وهو ستة أشهر ، معتمداً على القواعد الفقهية القاضية بازالة الضرر .

٥ - إن للكفيل على رأي جمهور الفقهاء أن يعود على المدين بما أداه عنه وبما كفله لا بما أداه عند الحنفية ، وفي حالة الصلح مع الدائن فإن الكفيل يعود على المدين بما صالح عليه لا بجميع الدين باتفاق الفقهاء إذا كانت المصالحة على جنس الدين وأما إذا كانت المصالحة على غير جنس الدين فإن الكفيل يرجع على المدين بكل الدين وبالأقل من قيمة ما صالح عليه ومن الدين عند جمهور الفقهاء .

٦ - إن نصوص المواد في القانون المدني الأردني والقانون المدني الاماراتي قد جاءت فيما يتعلق بالآثار المترتبة على الكفالة المالية موافقة مع ما جاء به الفقهاء من قبل .

والناظر في المذكرة الايضاحية للقانون الاردني الذي يعد أصل القانون الاماراتي والمصادر التي استقى منها القانون تلك المواد لا يستغرب هذا الانسجام فمجلة الاحكام العدلية والكتب الفقهية هي المصدر الرئيس لنصوص تلك المواد .

ولا يفوتنا التنويه ببعض الاضافات التي جاء بها القانون وأكثرها يتعلق بالاجراءات

التنفيذية لعقد الكفالة كتحمل المدين للنفقات التي يدفعها الكفيل حين تنفيذ الكفالة وهي في الجملة لا تخرج على القواعد الفقهية التي اعتمد عليها الفقهاء .

(وآخر دعواهم ان الحمد لله رب العالمين)

ضبط المراجع

أ- كتب التفسير:

١ - جامع البيان من تأويل القرآن - تفسير الطبري - الطبري محمد بن جرير ت ٣١ هـ - (مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة) .

٢ - الجامع لاحكام القرآن(تفسير القرطبي) -القرطبي ابو عبدالله محمد بن أحمد. ت ٦٧١ هـ - (دار الكتاب العربي - القاهرة) .

ب- كتب الحديث:

٣ -سنن ابن ماجه - محمد بن يزيد القزويني ت٢٧٥ هـ- (مكتبة عيسى الحلبي) .

٤ -شرح السنة - البغوي - الحسن بن مسعود ت ٥١٦ هـ - (المكتب الاسلامي بيروت)

٥ -صحيح البخاري - البخاري محمد بن اسماعيل ت ٢٥٦ هـ (دار الفكر)

٦ - عارضة الاحوذي شرح صحيح الترمذي- ابن العربي- ابو بكر محمد بن عبدالله ت ٤٥٦ هـ - (مكتبة العارف - بيروت) .

٧ -عون المعبود شرح سنن أبي داود - العظيم آبادي - أبو الطيب محمد شمس الحق -(المكتبة السلفية - المدنية المنورة)

٨ -الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد - البنّا - أحمد عبدالرحمن -(دار الشهاب - القاهرة)

٩ - نيل الأوطار - الشوكاني - محمد بن علي ت٠ ١٢٥ هـ -(مكتبة دار التراث) .

جـ- كتب الفقه:

١٠ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - ابن رشد - ابوالوليد محمد بن أحمد ت ٥٩٥ هـ - (دار المعرفة - بيروت)

١١ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الكاساني - علاء الدين ابو بكر بن مسعود ت ٥٨٧ هـ - (شركة المطبوعات العلمية - القاهرة)

١٢- تبيين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك - الشنقيطي محمد الشيباني- (دار الغرب الاسلامي)

١٣ - حاشية العدوي على شرح ابي الحسن لرسالة ابي زيد- العدوي-علي الصعيدي - (دار الفكر)

١٤ -رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)- ابن عابدين - محمد أمين ت ١٢٥٢ هـ - (دار الفكر)

١٥ - الذخيرة - القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس ت ٦٨٤ هـ - (دار الغرب الاسلامي)

١٦ -شرح تحفة الحكام - الفاسي - أحمد بن محمد ميارة - (دار الفكر)

١٧ -الشرح الصغير على أقرب المسالك - الدردير - ابو البركات احمد بن محمد - (دار المعارف - القاهرة)

١٨ -فتح القدير شرح الهداية - ابن الهمام - كمال الدين محمد بن عبدالواحد ت ٦٨١ هـ - (مطبعة مصطفى الحلبي)

١٩ - الكافي في فقه أهل المدينة - ابن عبد البر - أبو عمر يوسف بن عبدالله القرطبي ت ٤٦٣ هـ - (مطبعة حسان - القاهرة)

٢٠ -كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار- الحصني - تقي الدين ابو بكر بن محمد - (مطبعة مصطفى الحلبي)

٢١ - اللباب في شرح الكتاب - الغنيمي - الشيخ عبدالغني - (المكتبة العلمية - بيروت)

٢٢ - مجموعة فتاوي ابن تيمية - ابن تيمية - احمد ت ٧٢٨ هـ - (الرئاسة العامة لشؤون الحرمين)

٢٣ - المحلى - ابن حزم - ابو محمد علي بن احمد ت ٤٥٦ هـ - (دار الافاق الجديدة - بيروت)

٢٤ - المغني - ابن قدامة - ابو محمد عبدالله بن احمد ت ٦٠٢ هـ - (مكتبة الرياض)

٢٥ - مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج - الشربيني - محمد الخطيب ت ٩٧٧ هـ - (مطبعة مصطفى الحلبي)

٢٦ - المهذب - الشيرازي - ابو اسحق ابراهيم بن علي - ت ٤٧٦ هـ

د- كتب القواميس:

٢٧ - تريب القاموس المحيط - الزاوي - الطاهر احمد - (دار المعرفة - بيروت)

٢٨ -لسان العرب المحيط - ابن منظور - ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ت ٧١١ هـ - (دار لسان العرب - بيروت)

هـ- الكتب الحديثة:

٢٩ - أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي - د . محمد زكي عبد البر - (دار الثقافة - قطر)

٣٠ - أحكام المعاملات الشرعي- الخفيف - الشيخ علي - (دار الفكر العربي - القاهرة)

٣١ - العقود المسماة - الزحيلي - د. وهبه - (دار الفكر - دمشق)

٣٢ - الفقه الاسلامي وأدلته - الزحيلي - د. وهبه - (دار الفكر - دمشق)

٣٣ - الكفالة والحوالة في الفقه المقارن - د. عبدالكريم زيدان -(المكتب الاسلامي)

٣٤ - المدخل الفقهي العام - الزرقا - مصطفى أحمد - (دار الفكر)

٣٥ - المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني - نقابة المحامين - عمان

٣٦ - المعاملات الشرعية المالية - أحمد ابراهيم - (دار الانصار - القاهرة)

بسم الله الرحمن الرحيم

الإحالة في القانون الدولي الخاص

والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد

(دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة)

إعداد

الأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبدالعال *

* أستاذ القانون الدولي الخاص بقسم المعاملات، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

طرح المسألة :

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فإن الحل النهائي للنزاع لا يتم إلاَّ إذا حددنا المقصود بالقواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون. والسبب في طرح المشكلة يرجع إلى أن القانون الأجنبي -شأنه شأن أي قانون آخر - يحوي نوعين من القواعد : قواعد موضوعية أو مادية أو داخلية تتكفل بأن تعطي مباشرة حلاً نهائياً للنزاع، وقواعد إسناد ذات وظيفة إرشادية تشير إلى القانون الواجب التطبيق.

والسؤال : ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد والذي يتعين على القاضي الوطني أن يرجع إليه أولاً ؟ هل يخاطب القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أم يجب أن يبدأ بمخاطبة قواعد الإسناد في هذا القانون وبحيث لايطبق القواعد الموضوعية فيه إلاَّ إذا أشارت بذلك قاعدة الإسناد الأجنبية؟

الواقع من الأمر أن " البت في هذه المشكلة أمر جوهري ليس من الناحية النظرية فحسب ، بل أيضاً من الناحية العملية نظراً لما قد يترتب على ذلك من تغيير في الحل النهائي للنزاع . فقد يحدث أحياناً أن تشير قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون غير قانونها، كأن تقضي بتطبيق قانون القاضي الوطني نفسه أو تقضي بتطبيق قانون دولة أجنبية أخرى . فإذا انصاع القاضي الوطني إلى ماتقضي به قاعد الإسناد الواردة بالقانون الأجنبي فإن ذلك يؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعد الاسناد الوطنية وبالتالي فإن الحل النهائي للنزاع في هذه الحالة يختلف عن الحل النهائي للنزاع لو قام القاضي مباشرة بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت

بتطبيقه قاعد الإسناد في قانونه"[1] .

هذه المشكلة الخاصة بتحديد ما إذا كان يتعين على القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية أم قواعد الاسناد في القانون الأجنبي تسمى بمشكلة "الإحالة" Renvoi[2] . فمن يقول برجوع القاضي إلى القواعد الموضوعية يرفض الأخذ بالإحالة، ومن يقول برجوعه أولاً إلى قواعد الإسناد يكون على النقيض من الآخذين بها .

وخصوم الإحالة وأنصارها بنوا رأيهم - قبولاً أو رفضاً - على جملة من الحجج أغلبها ذو طابع نظري وقليل منها ذو طابع عملي ، لكنها حجج - ماكان منها ذا طابع نظري وعملي - ذات دلالة نسبية ، وعدم مصداقيتها متأتي من عدم إمكان تعميمها . فهي حجج سِمَتُها القصور وعدم الشمول أرادوا بالارتكان إليها إقرار أحد حلين اثنين : إما قبول الإحالة وإما رفضها . فهذا هو طابع المنهج التقليدي في نظرته إلى الإحالة . وهناك إتجاه آخر حديث ينطلق من نقطة بداية مختلفة : المسألة ليست في تبني حل عام مطلق قوامه قبول الإحالة أو رفضها . إن الواجب هو بحث المسألة من منظور وظيفة وغاية قاعدة الإسناد ذاتها . فالأمر يتعلق بضرورة البحث عن حل وظيفي تؤديه الإحالة . فالإحالة تكون مقبولة فيما لو أدى إعمالها إلى مساعدة قاعدة الإسناد الوطنية على أن تحقق غايتها التي أرادها لها مشرعها

---

(١) الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ١٩٩٢ - دار النهضة العربية ، فقرة ٨٦ ص ١٠٥ ، الدكتورة سامية راشد ، قاعدة الإسناد أمام القضاء - بحث في القانون الدولي الخاص المصري والمقارن ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ص ٣٨٧ ومابعدها ، انظر بصفة خاصة ، ٤٩٢-٤٩٣ .

(٢) وتجدر الإشارة إلى أن الإحالة لاتثور إلاّ في شأن تنازع القوانين أو مايُسمى بتنازع الاختصاص التشريعي . فلا تطرح مسألة الإحالة في ميدان الاختصاص القضائي الدولي، اقرأ في هذا ، هولو وفوييه ودو لابراريل، القانون الدولي الخاص، ١٩٨٧، فقرة ٤٧٢ ص ٣٤١ .

بصورة نموذجية. وعلى العكس لامحل للأخذ بها فيما لوكان من شأن إعمالها بلوغ غايات تلفظها بالضروة وظيفة قاعدة الاسناد وغايتها كما رآها المشرع الوطني.

ولبحث هذا الموضوع نرى عرضه في ثلاثة مباحث : نعالج في الأول الإحالة بين القبول والرفض في المنظور التقليدي ، ونبحث في الثاني مسألة قبول الإحالة أو رفضها من منظور وظيفة قاعدة الإسناد (الحل الوظيفي)، ونطرح في الثالث فكرة الحل الوظيفي في شأن الإحالة لدى بعض التشريعات الحديثة .

المبحث الأول

الإحالة بين القبول والرفض في منظور الاتجاه التقليدي

حتى نتفهم موقف الاتجاه التقليدي - القابل للإحالة أو الرافض لها - يتعين علينا أن نطرح أولاً مشكلة الإحالة ذاتها (مطلب أول) تم نعرض لأنصار الإحالة (مطلب ثانٍ) ولخصومها (مطلب ثالث) مُظهِرين موقف المشرع منها في ضوء ما عليه العمل في القانون المقارن (مطلب رابع) .

المطلب الأول

مفهوم الإحالة وانواعها

المشكلة :

لو افترضنا أننا بصدد منازعة من منازعات القانون الدولي الخاص (أي منطوية على عنصر أجنبي حرّك قواعد الإسناد في قانون القاضي) مطروحة أمام القاضي في دولة الإمارات العربية المتحدة، وأشارت قاعدة الاسناد إلى تطبيق قانون أجنبي

وليكن القانون الهندي، فإن أول ما يثور هو : ما المقصود بالقانون الهندي الذي يرجع إليه القاضي الإماراتي ؟

وطرح هذا التساؤل يرجع، كما أشرنا، إلى أن كل قانون من القوانين -ومنها بطبيعة الحال القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد-يحوى نوعين من القواعد: قواعد موضوعية تعطي الحل المباشر للنزاع، وقواعد تنازع أو قواعد إسناد تشير إلى القانون المختص - كما رأينا - في العلاقات ذات العنصر الأجنبي .

إذن نحن بصدد مشكلة هي : ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي (الوطني) ؟ . **سبب المشكلة هو** : أن كل قانون يتضمن نوعين من القواعد، قواعد إسناد وقواعد موضوعية ، فأيهما يطبق القاضي ؟

الحل بطبيعة الحال لا يخرج عن واحد من فرضين : **الأول** ، أن نعني بالقانون الأجنبي (المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية) مجموعة القواعد الموضوعية فيه . فإن قلنا بذلك كنا في هذه الحالة من رافضي الإحالة . **الثاني**، وفيه نقصد بالقانون الأجنبي القانون المختص في جملته وبحيث يتعين على القاضي الوطني أن يخاطب أولاً قواعد الإسناد في القانون الأجنبي للوقوف على القانون المختص ولا يطبق القواعد الموضوعية فيه إلا إذا أشارت إليها قواعد الإسناد الأجنبية . إن قلنا بذلك كنا من الآخذين بالإحالة.

والواقع من الأمر أن مواقف التشريعات وحلول القضاء وآراء الفقهاء قد تباينت في الإجابة على السؤال المطروح ، وهو تباين يوضح مدى الأخذ بالإحالة أو رفضها.

لمزيد من الإيضاح نسوق المثال التالي : فرنسي متوطن في دولة الإمارات العربية المتحدة مات فيها مخلفاً وراءه مبالغ مالية في البنوك العاملة بها . ثار نزاع بشأن تركته وتحديد الورثة وأنصبائهم أمام القاضي الإماراتي . وفقاً للمادة ٣/١٧ من قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات يخضع الميراث لقانون جنسية المتوفى وقت الوفاة . فما المقصود بالقانون الفرنسي - قانون جنسية المورِّث - الواجب التطبيق ؟ هل يطبق القاضي الإماراتي القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي التي تحدد شروط استحقاق الإرث وصفة الورثة وأنصبتهم وحالات الحجب وغير ذلك من من المسائل (وهو قانون يعطي الحل المباشر للنزاع) أم يلزم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الفرنسي ؟

والذي لا شك فيه أن تبني موقف معين من هذه المشكلة يستتبع غالباً اختلاف الحل النهائي للنزاع . فإن قلنا في المثال السابق أن القانون المختص هو القواعد الموضوعية المتعلقة بالميراث في القانون الفرنسي ، فإن نتيجة هذا الحل لا شك مختلفة عما لو قلنا بأن المقصود بالقانون الفرنسي هو قواعد الإسناد فيه . فاعتناق هذا الحل الأخير معناه أنه يجب على القاضي الإماراتي أن يبدأ بمخاطبة قاعدة الإسناد الفرنسية المتعلقة بالميراث ، وهذه القاعدة تقضي بأن القانون الواجب التطبيق على المنقولات هو قانون آخر موطن للمتوفى ، ولما كان المتوفى مات متوطناً في دولة الإمارات ، فإن معنى ذلك أن القاضي الإماراتي سيجد نفسه مطبقاً لقانون دولته بمقتضى الإحالة التي اسندها إليه القانون الفرنسي . التباين في القانون المختص سوف يستتبع باللزوم تبايناً في الحل النهائي للنزاع . ولعل ذلك من شأنه أن يبرز الأهمية العملية للمسألة .

متى تثور الإحالة ؟

يقرر الفقه أن اختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى من شأنه أن يؤدي إلى وجود نوعين من التنازع بين هذه القواعد ذاتها : التنازع الإيجابي والتنازع السلبي . وفي معرض تحليله للمسألة يشير هذا الفقه إلى أن مشكلة الإحالة لا تعرض في الحالات الآتية :

أ - في حالة التنازع الإيجابي بين قواعد الإسناد : وصورة هذه الحالة أن تقرر قاعدة الاسناد في كل من القانونيين الوطني والأجنبي الاختصاص التشريعي لقانونها. **مثال هذه الحالة** : أن يثور نزاع متعلق بأهلية مواطن من دولة الإمارات العربية المتحدة متوطن في انجلترا . في هذه الحالة يختلف القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد في القانون الإماراتي عن القانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد في القانون الإنجليزي . فوفقاً لقاعدة الإسناد الإماراتية يكون القانون الإماراتي هو المختص بوصفه قانون جنسية الشخص ، بينما يكون هو القانون الإنجليزي ، قانون الموطن، وفقاً لقاعدة الإسناد الإنجليزية .

في هذا الفرض لا توجد ثمة مشكلة في حسم المسألة سواء أمام القاضي الإماراتي، أو أمام القاضي الانجليزي . فكل قاضي في الدولتين سوف يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد المقررة في قانونه . وعلى ذلك فإن القاضي الإماراتي سيطبق على المنازعة قانون دولته نزولاً على حكم قاعدة الإسناد الواردة في قانونه (م ١١م.م.أ)، بينما سيطبق القاضي الإنجليزي قانونه انصياعاً لأمر مشرعه الذي أودع إرادته في قواعد الإسناد عنده

والتي تُخضِع أهلية الشخص لقانون موطنه .

ب -كما أن مسألة الإحالة لا تعرض في الفرض الذي تتماثل فيه قواعد الإسناد في كل من قانون دولة القاضي (القانون الوطني) وقانون الدولة الأجنبية (المشار إليه) . مثال ذلك أن تثور أمام القاضي الإماراتي منازعة متعلقة بأهلية مصري.في هذا الفرض ليس ثمة أدنى شبهة في أن القاضي الإماراتي سيطبق القانون المصري بوصفه قانون جنسية الشخص نزولاً على ما تقضي به قواعد الإسناد في قانون القاضي الإماراتي ، ولما كانت قاعدة الإسناد المصرية تقضي أيضاً بتطبيق قانون الجنسية ، فإن القاضي في دولة الإمارات العربية يطبق القواعد الموضوعية في القانون المصري مباشرة دون أدنى صعوبة .

لكن وجه المسألة يتغير في الفرض حيث يكون التنازع سلبياً بين قاعدة الإسنادفي قانون القاضي وقاعدة الإسناد في الدولة الأجنبية . ويقع هذا التنازع السلبي حينما تتخلى كل قاعدة من قواعد التنازع عن الاختصاص الذي انعقد لقانونها . في عبارة أخرى ، فإن التنازع السلبي يعرض عندما تختلف قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي ، وذلك بأن تخول قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي ، فإذا بهذه القاعدة الأخيرة ترفض هذا الاختصاص وتحيل إلى قانون آخر ليحكم هذه المسألة . هذا القانون الآخر الذي تحيل عليه قاعدة الإسناد الأجنبية قد يكون هو قانون القاضي ، وقد يكون قانوناً آخر أجنبياً .

أنواع الإحالة :

يقرر الشراح في القانون الدولي الخاص أن للإحالة نوعين : إحالة من الدرجة الأولى ، وإحالة من الدرجة الثانية .

<u>الإحالة من الدرجة الأولى :</u>

وفق هذا النوع من الإحالة تحيل قاعدة الإسناد الأجنبية على قانون القاضي . وعلى ذلك فإن هذه الصورة تتحقق إذا توافرت المقتضيات الآتية :

- أن تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي .
- الإحالة تعني أن المقصود بالقانون الأجنبي المختص القانون الأجنبي في جملته ، بما يتعين معه على القاضي الوطني أن يبدأ أولاً بمخاطبة قواعد الإسناد فيه .
- بمراجعة القاضي الوطني لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي يتكشف له أن القانون الأجنبي يتخلى عن اختصاصه ويرده - في هذه الصورة - إلى قانون القاضي نفسه . مثال هذه الحالة أن تثور أمام القاضي في دولة الإمارات العربية المتحدة منازعة متعلقة بميراث منقولات خاصة بفرنسي متوطن في دولة الإمارات . في هذا المثال إذا طبق القاضي الإماراتي قاعدة الإسناد الوطنية الواردة في المادة ٣/١٧ من قانون المعاملات المدنية، فإنه سيعقد الاختصاص للقانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة . فإذا رجع القاضي إلى قاعدة الإسناد الفرنسية لوجد أنها تعقد الاختصاص في الميراث الوارد على منقول لقانون آخر موطن

للمتوفى وهو قانون دولة الإمارات العربية المتحدة . كما هو واضح، نرى في هذا المثال أن قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي قد تخلت عن الاختصاص المعقود لها بمقتضى قاعدة الإسناد الإماراتية وردته من حيث أتى إلى القاضي الإماراتي .

الإحالة من الدرجة الثانية :

في هذه الصورة تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية أيضاً عن الاختصاص المعقود لها بمقتضي قاعدة الإسناد الوطنية تماماً كما هو الحال في الصورة الأولى . وكل ما هناك - وهذا هو وجه الخلاف بين الحالتين - أن قاعدة الإسناد الأجنبية هذه المرة قد ردت الاختصاص إلي قانون دولة أجنبية ثالثة وليس إلى قانون القاضي . مثال ذلك أن تثور أمام القاضي في دولة الإمارات العربية المتحدة منازعة متعلقة بميراث منقولات خاصة بإنجليزي متوطن في فرنسا . القانون الواجب التطبيق على الميراث أمام القاضي الإماراتي هو القانون الإنجليزي بوصفه قانون جنسية المتوفى . فإذا رجعنا إلى قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي نجد أنها تعقد الاختصاص للقانون الفرنسي بوصفه قانون موطن المتوفى . واضح في هذا المثال أن القانون الإنجليزي قد تخلى عن الاختصاص الذي عقدته له قاعدة الإسناد في القانون الإماراتي ، تخلى عنه راداً إياه هذه المرة لا إلى القانون الإماراتي وإنما إلى قانون دولة من الغير - دولة ثالثة - هي فرنسا .

في هذه الصورة أو تلك من صور الإحالة يتعين على القاضي المطروح أمامه النزاع ذو الطبيعة الدولية أن يسأل نفسه : ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد بتطبيقه ، هل هو القانون الأجنبي في جملته بما فيه من قواعد إسناد

وقواعد موضوعية ، أم المقصود به وحسب هو القواعد الموضوعية ؟

إذا جاءت إجابة القاضي على نفسه - سواءً بناءً على أمر مشرعه أم اجتهاداً منه - أن المقصود بالقانون الأجنبي هو القواعد الموضوعية المتضمنة فيه ، كان معنى ذلك أن دولة هذا القاضي ترفض الإحالة ، أما إن جاءت الإجابة بأنه القانون الأجنبي الذي يجب تطبيقه هو هذا القانون برمته بما فيه من قواعد إسناد لكان معنى هذا تبني الإحالة والأخذ بها .

والحق أن مواقف التشريعات قد تباينت بشأن الإجابة على هذا التساؤل . هذا التباين تباين معه الحل النهائي للنزاع بحسب المحكمة المرفوع أمامها المنازعة وما إذا كانت تأخذ بالإحالة أم لا . يشهد بذلك حكم فورجو الذي فجَّر هذه المشكلة .

فالواقع من الأمر أن الفقه لم يتلقف مشكلة الإحالة بالعناية والرعاية تأصيلاً وتحليلاً إلاَّ في أواخر القرن التاسع عشر ، على أثر قضية ذائعة الصيت طرحت أمام القضاء الفرنسي تُسمى بقضية فورجو Forgo . وتتحصل وقائع هذه القضية في أن ولداً طبيعياً بافاري الجنسية يدعى فورجو كان قد ولد في بافاريا . حدث أن انتقل فورجو مع أمه إلى فرنسا وهو في المهد صبياً لم يبلغ الخامسة من عمره وأقام بها إلى أن وافته منيته وهو في الثامنة والستين مُخلفاً وراءه ثروة منقولة ومن غير أن يكتسب فيها موطناً .

على أثر وفاة فورجو ثار نزاع بين أقاربه الطبيعين من الحواشي والدولة الفرنسية ممثلة في مصلحة الدومين العام ، وذلك لمعرفة من الذي تؤول إليه التركة بوصفه مستحقاً لها . جوهر المشكلة في هذه المنازعة كان يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث وما إذا كان هو القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن الفعلي

للمتوفى، أم القانون البافاري باعتباره قانون موطنه القانوني . ذلك أن الحل سوف يتباين بحسب ما إذا طبقنا هذا القانون أم ذاك . فإن قلنا بتطبيق القانون الفرنسي ، فإن مؤدى ذلك أن تؤول التركة للدولة الفرنسية بحسبان أن هذا القانون لا يورث الحواشي ومن ثم تكون التركة شاغرة . وإن قلنا بتطبيق القانون البافاري ، فإن ذلك يستتبع أيلولة التركة للحواشي لأنه يورثهم .

وحينما بلغت المنازعة ساحة قضاء محكمة استئناف بوردو قررت أن القانون الواجب التطبيق هو القانون البافاري الذي يورث الحواشي نزولاً على حكم قاعدة الإسناد الفرنسية المتعلقة بالمواريث والتي تعقد الاختصاص في ميراث الأموال المنقولة لقانون الموطن الأصلي للمتوفى . ولم تشأ محكمة النقض أن تقر محكمة استئناف بوردو على قضائها فنقضت حكمها ، الأمر الذي سمح لها أن تصوغ المبدأ التالي : كان يتعين على قضاة الموضوع أن يطبقوا قاعدة الإسناد المتضمنة في القانون البافاري - المختص - ، لا أن يطبقوا القواعد الموضوعية فيه والتي تعطي الحل المباشر للنزاع . ولما كانت قاعدة الإسناد في القانون البافاري تعقد الاختصاص للقانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن الفعلي للمتوفى ، ولما كان القانون الفرنسي لا يورث حواشي الابن الطبيعي في هذا الزمن ، فإن مؤدى ذلك أن نكون إزاء تركة شاغرة لا وارث لها . وحالها كذلك ، فإنها - أي التركة - تؤول إلى الدولة متمثلة في إدارة الدومين العام [1]. **ويتضح من هذا الحكم أمران :**

أولهما - أن محكمة النقض رأت قبول الإحالة من الدرجة الأولى التي بعث بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وأنه يتعين على القاضي الفرنسي أن

(1) نقض مدني ٢٤ يونيه ١٨٧٨ - D.P. ١٨٧٩-١-١٥٦١ ، سيري ١٨٧٨ -١-٤٢٩ . واقرأ هذا الحكم عند باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٠ ص ٤٩٢ .

يتلقف هذه الإحالة ويطبق القواعد الموضوعية في قانونه المحال إليه .

ثانيهما -أن الحل النهائي للنزاع لا شك مختلف بحسب ما إذا كنا نأخذ بالإحالة أم نرفضها . فلو أن محكمة النقض رفضت الإحالة وأيدت محكمة استئناف بوردو لآلت التركة إلى الحواشي . إلا أن المحكمة أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى وألغت حكم الاستئناف وطبقت القانون الفرنسي فلم يثبت للحواشي الحق في الإرث، وغدت التركة شاغرة فآلت من ثم إلى الدرلة الفرنسية .

المطلب الثاني

مذهب رافضي الإحالة

مقتضى هذا الفقه - كما نعلم - أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي ، فإنه يجب أن يطبق وحسب القواعد الموضوعية في القانون المختص . فالإسناد إلى القانون الأجنبي هو إذن إسناد موضوعي لا إجمالي كما يقول أنصار الإحالة . وإعمال هذا الحل يبرره عند القائلين به جملة أسانيد أبرزها[1] :

أولاً: إن النقطة الجوهرية التي يجب الإنطلاق منها في تحليل المسائل تتمثل في أن دور قاعدة التنازع في قانون القاضي أنها تحدد القانون المختص . ومتى تحدد هذا القانون توضع الأقلام بالنسبة لمسائل تنازع القوانين ويلزم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي انعقد له اختصاص دون التفات بعد ذلك لموقف المشرع الأجنبي من هذه المشكلة . بعبارة أخرى ، متى

(١) اقرأ في الرافضين ، فرانسيسكاكيس ، نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص ، باريس ١٩٥٨، والمراجع المشار إليها فيه .

تحدد القانون لأجنبي الواجب التطبيق بمقتضي قاعدة الإسناد فلا وجه للرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي . فالمشرع الوطني - أي مشرع - حين يصوغ قواعد الإسناد إنما يصوغها في ضوء معطيات العلاقة باختيار ضابط الإسناد المستوحى من العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة وصولاً إلى اختيار أنسب القوانين لحكمها . ويفعل المشرع ذلك، بطبيعة الحال ، غير متحرر من اعتبارات مصلحية يقدرها هو في بعض الظروف . معنى ذلك بوضوح أن المشرع الوطني ، عند وضعه لقاعدة التنازع ، إنما يشرِّع للعلاقة في ضوء المقتضيات التي تفرضها الحياة الخاصة الدولية دون أن يغفل عن وجود اعتبارات ذاتية تحكمها السياسة التشريعية لكل دولة من الدول[1] ." وما قواعد الإسناد إلا تعبيراً عن نظرة المشرع الوطني لهذه المقتضيات ومحاولة التوفيق بينها . ومن ثم يجب حسم النزاع وفقاً للقوعد الموضوعية للقانون الذي اختاره المشرع الوطني ، لأن هذا الاختيار هو الذي يحقق الهدف الذي توخاه المشرع الوطني. أما إذا تركنا حسم النزاع للقانون الذي تحدده قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، فإننا نكون بذلك قد خضعنا لنظرة المشرع الأجنبي وتقديره للمقتضيات التي تملي الحل الواجب الاتباع في مجال العلاقات الدولية الخاصة، وهو ما يتنافى مع طبيعة قاعدة الإسناد والغرض منها " [2]. إلى ذلك ، فإنه ليس صحيحاً ما يقال من أنه ليس من الجائز أن نطبق قانون دولة أجنبية لا تعقد له قواعد الإسنادفي هذه الدولة الاختصاص. فهذا القول أساسه تصور خاطىء لوظيفة قاعدة الإسناد. فالمشرع

(١) الأستاذ مصطفى كامل ياسين، القانون الدولي الخاص ، دروس لاهاي ، ١٩٦٥، الجزء ١١٦ ص ٤٢٦ ومابعدها .
(٢) في طرح الحجة هذه على لسان القائلين بها ، الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ص ١١١ .

الوطني، إذا قضى باختصاص قانون أجنبي، فإنه لا يعرض هذا الاختصاص عليه على سبيل المجاملة إن شاء رفضه وإن شاء قبله، وإنما العكس هو الصحيح . ذلك أن المشرع الوطني يأمر بتطبيق القانون الأجنبي، وعلى قاضيه الوطني الطاعة ولا يملك المشرع الأجنبي أن يُعدِّل أو يُغيِّر من مضمون هذا الأمر[١] . فواقع الأمر، أن المشرع الوطني، عند سنه لقواعد الإسناد ، إنما يتمثل فكرة جوهرية يسعى إليها تطبيق القواعد الموضوعية التي يرى فيها أكثر القواعد مناسبة لحكم العلاقة وتحقيق العدالة تحت ناظريه [٢] .

واضح إذن أن هذا المذهب ينطلق من نقطة جوهرية : حسم تنازع القوانين يتم لمرة واحدة بمقتضى قواعد الإسناد المدرجة في قانون القاضي . فالمشرع الوطني - بوضعه لهذه القواعد - إنما يرمي إلى حسم هذا التنازع بنفسه باختيار أنسب القوانين ملاءمة لحكم العلاقة . وأنسب القوانين هو " القواعد الموضوعية " في القانون المشار إليه . وينطبق هذا القانون محمولاً على قواعده الموضوعية - لا قواعد الإسناد - على أساس أن هذا التنازع قد سبق حسمه بمقتضي قاعدة الإسناد الوطنية في الدولة التي ثار النزاع أمام قضائها[٣] .

ثانياً : وبالإضافة إلى ما تقدم فإن الأخذ بالإحالة يوقع في حلقة مفرغة لا

(١) بنوييه ، الجزء الثالث ، فقرة ١١٠ ص ٤٦٤ .

(٢) الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، فقرة ٥٢ ، ص ١٧١ وما بعدها والمراجع المشار إليها فيه .

(٣) في محاولة لتفسير ذلك على ضوء مبدأ السيادة ، إقرأ Pillet ، المبادىء فقرة ٦٦ .

مخرج منها عندما تتابع الإحالة وتتوالى دون نهاية . وسنزيد الأمر إيضاحاً عند الكلام في حجج أنصار الإحالة .

المطلب الثالث

مذهب أنصار الإحالة

القائلون بالإحالة يرون أنه إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلي قانون دولة أجنبية ، فإنه يجب على القاضي أن يبدأ أولاً بتطبيق قواعد الاسناد في هذا القانون . ويرتكن أصحاب هذا النظر إلى مبررات عدة نعرض لأهمها مبينين مايرد به خصوم الإحالة في شأنها :

١ - إن أول ما يجب الاعتناء به في شأن المنازعات ذات الطبيعة الدولية هو أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية أمام القاضي إلي تطبيق قانون أجنبي، فإنه يجب النظر إلى هذا القانون بوصفه وحدة واحدة،كلاً لا يتجزأ، مركباً من قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية. وإعمال القاضي للقانون الأجنبي في جملته يفرض عليه أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المشار إليه . وهذا أمر طبيعي بحسبان أن الأمر يتعلق بمسألة تتنازع فيها القوانين . وترتيباً على ذلك ، لا يطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي إلا إذا أشارت إليها قواعد الإسناد فيه . والخروج على هذا الترتيب والرجوع مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي يعني إهداراً لإرادة المشرع الأجنبي، وتطبيقاً للقانون الأجنبي في غير الحالات التي أرادها له مشرِّعه .

قوام هذه الحجة إذن أن القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، هو وحدة واحدة لا تتجزأ ، وأنه لا محل لأن يحمل معناه ، عند تطبيقه ، على القواعد الموضوعية وحدها . فهذا الأخير لا يطبق إلا إذا أشارت إليه قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي ذاته، بحسبان أن" القواعد الموضوعية مرتبطة في تطبيقها بقواعد الإسناد إرتباط الإنسان بظله "[(١)].

ولم تَرقْ هذه الحجة لخصوم الإحالة فأشبعوها نقداً وتجريحاً. فهم يرون أن في سَوق هذه الحجة " خلطاً بين نظامين جد مختلفين " النظام الداخلي والنظام الدولي ، فإذا كان المشرع الوطني قد قبل مختاراً تطبيق القانون الأجنبي فهذا لا يعني أنه قبل أن يتخلى للقانون الأجنبي عن المهمة التي عرض لها هو أي حل النزاع "[(٢)].

فوق ذلك ،فإنه لا يصح القول،لتبرير الإحالة، بأنه يجب النظر إلى القانون الأجنبي (المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية) بوصفه كلاً لا يتجزأ.فهذا القول لا يقيم تفرقة بين أمور يتعين التفريق بينها من جانب،ويضعنا على سلّم " الطاحونة " التي تدور بلا توقف من جانب أخر .

فمن ناحية أولى يلزم التفريق بين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي والقواعد الموضوعية فيه . فالأولى تتكفل بتحديد الحالات التي ينطبق فيها القانون الأجنبي بالنسبة للقانون الوطني ، بينما الثانية تعني بالفصل في المسألة موضوع النزاع

---

(١) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض وهو بصدد عرض هذه الحجة ، المرجع السابق ، فقرة ٩٠ ص ١٠٩ .

(٢) الدكتور منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، ص١١٠، بنوابيه ، الجزء الثالث، فقرة ١٠٠٩ص٤٦٢، دروس، فقرة ٤٩١.

مباشرة [1]. ومن ناحية ثانية ، فإن الأخذ بفكرة وحدة القانون الأجنبي واعتباره كلاً لا يتجزأ يؤدي بنا إلى الوقوع في حلقة مفرغة . إذ من المتصور أن تتوالى الإحالة إلى ما لا نهاية وتدور " الطاحونة الهوائية " بلا توقف ، وتصبح القوانين كالمرايا المتقابلة [2]. ويضرب الفقهاء للتدليل على الطريق المسدود الذي توقعنا فيه فكرة الأخذ بالإحالة المثال الآتي : لو افترضنا أن انجليزياً كان يتخذ من فرنسا موطناً له ، فإنه إذا ثار نزاع بشأن أهلية هذا الشخص أمام القضاء الفرنسي ، فإنه سيطبق القانون الانجليزي بوصفه قانون جنسيته . فإذا ما رجع القاضي الفرنسي إلى القانون الانجليزي بوصفه كلاً لا يتجزأ، وبدأ بتطبيق قواعد الإسناد فيه كما يقرر أنصار الإحالة، لأفضى به الحال إلى تطبيق القانون الفرنسي نزولاً على حكم قاعدة الإسناد فيه التي تقضي بتطبيق قانون الموطن .. وهكذا ذهاباً وإياباً دون أن نصل إلى حل .

دائرة الحلقة المفرغة تتسع في الحالات التي تكون فيها الإحالة من الدرجة الثانية ،أي تلك التي تتم إلي دولة ثالثة لا إلى دولة القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى) . خذ على ذلك مثالاً : إذا أثير نزاع أمام القاضي الفرنسي متعلق بالحالة الشخصية لانجليزي متوطن في بلجيكا ، فإن قاعدة الإسناد الفرنسية تعقد الاختصاص للقانون الانجليزي بوصفه قانون جنسية المعني بالأمر . وقواعد الإسناد في القانون الانجليزي تعقد الاختصاص للقانون البلجيكي بوصفه قانون موطن

---

(١) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٦٢٧ - ٦٢٨ .

(٢) فقد شبه البعض الإحالة وما تودي إليه من الدوران في حلقة مفرغة بغرفة المرايا المتقابلة التي تحدث كل منها انعكاساتها على الأخرى، بينما شبهها البعض الآخر بلعبة التنس الدولية، وقد ذهب جانب ثالث إلى حد تشبيهها بحيوان " الكاتوبليبا " وهو حيوان اسطوري من حيوانات القرون الوسطى يأكل أطرافه . انظر في ذلك فرانسيسكاكيس، موسوعة القانون الدولي تحت عنوان " الإحالة " ، فقرة ٢٥ ، باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٢ ص ٤٩٤.

الشخص . فإذا أخذنا بالإحالة لكان معنى ذلك ضرورة الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون البلجيكي إذ ليس ثمة أي سبب منطقي يجعلنا لا نخاطب قواعد الإسناد في هذا القانون . وعند ذاك لا يخرج الأمر عن واحد من فرضين : إما أن يحيل القانون البلجيكي الاختصاص إلى قانون آخر جديد ، ولا يوجد مبرر معقول يجعلنا نتوقف عند هذا الحد . والنتيجة في هذه الحالة هي الدخول في " دائرة الطاحونة " التي لا تتوقف حيث تتوالي الإحالات إلى مالا نهاية ، وإما أن يحيل القانون البلجيكي إلي القانون الانجليزي نفسه ، وهو الأمر الذي يعيدنا مرة أخرى إلى دائرة الحلقة المفرغة فنبدأ في تسلسل الإحالة اللانهائي من جديد .

ولئن وجدت فكرة الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى - وتطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي المحال إليه - نكتة تسندها بحسبان أن فيها مخرجاً من دائرة الحلقة المفرغة، فإن ذلك منتفٍ في شأن الإحالة من الدرجة الثانية . ذلك أنه إذا أحال قانون أجنبي على قانون آخر، فإنه لا يوجد ثمة أي مبرر منطقي يدعو الباحث إلى الاختيار بين هذه القوانين والوقوف بالإحالة عند حد معين (١).

أكثر من هذا فإن خصوم الإحالة يقررون أن المنطق يقضي بعدم الوقوف بالإحالة عند الدرجة الأولى للخروج من دائرة الحلقة المفرغة التي لا نهاية لها . فهذا القول بذاته يشهد بفساد النظرية . إذ لو استقام منطق الأخذ بالإحالة لوجب متابعة توالي الإحالة إلى نهايته ووجب على القاضي أن يرجع إلى القانون الأجنبي مبتدئاً دائماً بقواعد الإسناد فيه . والنتيجة في كل حال : دورة الطاحونة التي لا تقف والتسلسل الذي لا نهاية له (٢).

---

(١) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ص ٤٩٤ .

(٢) الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ١٧٢.

٢- ويضيف أنصار نظرية الإحالة حجة أخرى مفادها أنه إذا بدأنا بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ومن غير أن يكون هذا الاختصاص قد تحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الأجنبية ذاتها، لانْطَوى ذلك على مخالفة مزدوجة : مخالفة لقاعدة الإسناد الوطنية حيث سنطبق قانوناً غير الذي تفرض قاعدة الإسناد الوطنية تطبيقه ، ومخالفة لإرادة المشرع الأجنبي حيث سيطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي في حالات لا يرى المشرع الأجنبي خضوعها له . وفي هذه المخالفة وتلك انحراف بقاعدة الإسناد عن وظيفتها من ناحية، وتحوير للقانون الأجنبي وتغيير لطبيعته يعني في نهاية المطاف إهداراً لإرادة المشرع الأجنبي وإهداراً للسيادة التشريعية للدولة الأجنبية [١] .

٣- بالإضافة إلى ذلك فإن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أمر ينسجم والأحكام العامة في القانون الدولي الخاص التي تُغَلِّب النزعة الوطنية في حلول التنازع . كما أن الاعتبارات العملية المتمثلة في إلمام القاضي بقانونه ونزوعه إلى تطبيقه ما أمكن إلى ذلك سبيلا، أمور ترجح الأخذ بالإحالة في هذه الحالة .

على أن هذا الحل ليس فوق التجريح بالنسبة لخصوم الإحالة . إذ لو سلمنا بالأخذ بالإحالة لاعتبارات منطقية وقانونية سليمة لوجب متابعة

(١) وللخروج من هذه الدائرة " اللانهائية " حاول الفقه الفرنسي جاهداً أن يجد مخرجاً للتغلب على هذه المشكلة، فمنهم من اقترح وجود تدرج في ضوابط الاسناد ، ومنهم من ارتكن إلى فكرة وجود قاعدة إسناد احتياطية في قانون القاضي وضعت خصيصاً لعلاج الحالات التي يمكن أن تترتب على فكرة التنازع السلبي بين قواعد الإسناد ، ومنهم من رأى في فكرة التعايش بين النظم القانونية الحل النموذجي الذي يمكن معه التغلب على هذا العيب . راجع في ذلك وفي تفاصيل أخرى ، فرانسيسكاكيس ، موسوعة القانون الدولي ، فقرة ٢٦ وما بعدها .

منطق الأخذ بها إلى ما لا نهاية دون التوقف فيها عند حد معين .

٤- وهناك أيضاً من يري أن للإحالة فضل تحقيق التناسق بين النظم القانونية وتوحيد الحلول فيها في الدول التي تكون على اتصال بالعلاقة . فإذا قبل القاضي الوطني الإحالة فإنه لا يفعل أكثر من أنه يحل نفسه محل القاضي الأجنبي فيما لو طرح النزاع عليه . بعبارة أخرى، فإن القاضي الذي يقبل الإحالة إنما يفصل في النزاع كما يفصل فيه نظيره الأجنبي (في الدولة الأجنبية التي تشير إليها قاعدة الإسناد) ذلك أنه سيبدأ ، بطبيعة الحال، بتطبيق قاعدة الإسنادفي قانونه إذا ما عُرِض عليه النزاع[١] .

والحال كذلك ، فإن ثمرة الاخذ بالاحالة هي توحيد الحلول في مجال المعاملات الدولية : فالحل لا يختلف أرفعت المنازعة أمام القاضي الوطني أو أمام القضاء الأجنبي . ويترتب على ذلك الانسجام نتيجة فذة لها قيمة عملية بالغة : أن يكون الحكم الصادر من المحاكم الوطنية قابلاً للإعتراف به وتنفيذه في الدولة التي تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانونها سيما في الفرض الذي تتطلب فيه دولة التنفيذ أن يكون الحكم الأجنبي (المراد تنفيذه) قد احترم أحكام القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد عندها. وهذا القول مردود، تحت بصر خصوم الإحالة من ناحيتين :

<u>أولاً:</u> ليس صحيحاً أن الإحال تؤدي إلى توحيد الحلول بين الدول التي تكون العلاقة القانونية على اتصال بها . فتوحيد الحلول المقُال به يفترض لقيامه

(١) بنوييه ، دروس ، فقرة ٤٩٤ ص ٤٧٨ .

أمراً جوهرياً : أن يتباين موقف الدول من الاخذ بالإحالة ؛ بمعنى أن يأخذ بها بعضها ويرفض العمل بها البعض الآخر [1] . ولئن حدث ذلك عملاً فسوف يكون هذا بذاته شاهداً على وهن الأساس الذي ترتكن إليه الإحالة، إذ لو سَلِمَ أساسها وحَسُن منطقها لأخذت بها التشريعات جميعاً .

خذ أمثلة تشهد بأن ليس في أخذ التشريعات بالإحالة ما من شأنه أن يؤدي إلى التناسق والتوحيد في الحلول : لنفترض مثلاً أن كلاً من المشرع الفرنسي والإنجليزي يأخذ بالإحالة في مسائل الأهلية . فإذا أثيرت منازعة أمام القضاء الفرنسي متعلقة بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا ، فإن القاضي الفرنسي سيطبق القانون الإنجليزي (قانون جنسية الشخص نزولاً على حكم قاعدة الإسناد الفرنسية) الذي سيحيل بدوره إلى القانون الفرنسي قانون موطن الشخص . وفي المقابل الآخر، إذا أثيرت المنازعة أمام القاضي الإنجليزي فإنه سيطبق القانون الفرنسي (بوصفه قانون موطنه) الذي سيحيل بدوره إلى القانون الإنجليز بوصفه قانون الجنسية . ولا شك في أن الحل الذي سيأخذ به القاضي الإنجليزي مغاير لذلك الذي سيأخذ به القاضي الفرنسي .

أيضاً في قضية فورجو التي فجرت مشكلة الاحالة من الدرجة الأولى أمام القضاء الفرنسي ، لو تصورنا أن النزاع قد طرح أولاً على القضاء البافاري لانتهى إلى تطبيق القانون الفرنسي بمقتضى قاعدة الإسناد البافارية ، فلو أخذ القاضي البافاري بالإحالة لرجع مرة أخرى إلى قانونه

(١) في فرنسا هولووفوبيه ودولابراديل ، القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٢ ص ٢٤٩ .وفي مصر ، الدكتور جابر جاد عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص ٦٢٩ .

أخذاً بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تحيل الحكم لقانون موطن المتوفى . النتيجة : القضاء البافاري كان سيطبق القانون البافاري ، والقضاء الفرنسي كان سيعمل القانون الفرنسي . والحل في هذا الجانب مغاير للذي يقول به الجانب الآخر . فكيف يمكن القول ، بعد ذلك ، بأن هناك وحدة في الحلول بفضل الإحالة ؟

والبادي من هذا الذي أوضحناه أن وحدة الحلول لا تتأتي إلاً إذا آمن بالإحالة فريق من التشريعات دون فريق . وإن علقنا وحدة الحلول على هذا الاقتضاء – على غرار ما قاله أنصار الإحالة – لكان فيما يقولون به شاهداً على عدم سلامة النظرية ذاتها. إذ لو استقام أمرها لآمن الجميع بها.

ثانياً : إن في القول بأن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلي تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية ، قصوراً يعجز عن تغطية بعض الفروض ، أساسه اعتبارات عملية لا قانونية :

- قول فيه قصور إذ هو يفترض بداءة أن الحكم سوف ينفذ في دولة محددة معروفة سلفاً هي الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونها . وفي هذا الافتراض لزوم ما لا يلزم . فقد يتم تنفيذ الحكم في هذه الدولة وقد يتم تنفيذه في غيرها ، دولة القاضي نفسه أو دولة ثالثة على حسب الأحوال . زد على ذلك ، فإن ثمة حالات يصعب

فيها التنبؤ مقدماً بمعرفة مكان التنفيذ[1] . فلو افترضنا مثلاً أن كان المطلوب هو الحكم على مدين معين بدفع مبلغ من المال ، فإن الحكم عادة مايتم تنفيذه في الدولة التي يوجد فيها أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها. وغالباً ما لا يكون مكان وجود هذه الأموال معروفاً وقت نظر الدعوى[2] وخاصة إذا تعلق الأمر بالتنفيذ على منقولات .

وإذا افترضنا جدلاً أن الحكم سينفذ في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها ، فقد يحدث ألا يعلّق قانون هذه الدولة تنفيذ الأحكام الأجنبية عنده على اشتراط تطبيق قضاء الدولة المصدرة للحكم للقانون المختص وفقاً لقواعد الإسناد فيها كما هو الحال في القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة. فوق ذلك فإن من " المحتمل أن يكون الحكم الصادر مطلوباً تنفيذه في عدة دول يقر بعضها الإحالة ولا يقرها البعض الآخر ، فكيف يكون العمل ؟ وحتى في حدود البلد الذي يأخذ بالإحالة هل من المؤكد أن قضاته سيجدون الحكم هو عين ما كانوا يحكمون به لو أن المسألة عرضت عليهم من باديء الأمر" [3] .

---

(١) Lewald ، نظرة الإحالة ، دراسات لاهاي ، ١٩٢٩ - مجلد ٢٩ ص ٥٢٣ وما بعدها ، انظر بالتحديد ص ٥٣٠ ، Niboyet ، دروس ، فقرة ٤٩٥ .

(٢) بنوبيه ، الجزء الثالث، فقرة ١٠١٠، ص ٤٦٤، الدكتور منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ،ص ١١٢.

(٣) الدكتور جابر جاد عبدالرحمن ، المرجع السابق ، ص ٦٢٩.

المطلب الرابع

موقف المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة من الإحالة

أخذ المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة بالإحالة من الدرجة الأولى مخالفاً بذلك غالبية التشريعات العربية التي رفضت الإحالة تماماً . والناظرفي موقف التشريعات في القانون المقارن يلحظ تبايناً في مسلكها . نعرض لهذا الوضع (أولاً) ثم نشرح موقف المشرع الإماراتي (ثانياً) :

أولاً : الإحالة في القانون المقارن :

موقف التشريعات إزاء الإحالة متباين . فهناك من لفظها وناصبها العداء، وهناك من استحسن الأخذ بها. والمستحسنون بدورهم مختلفون بين آخذ بها متى كانت من الدرجة الأولى وحدها وبين مقبل عليها أكانت من الدرجة الأولى أم من الدرجة الثانية. فالتشريعات العربية في غالبيتها رفضت الإحالة. وهذا هو ما فعله المشرع المصري (م ٢٧ مدني) والعراقي[1] (م ٣١ مدني)والسوري (م ٢٩ مدني) والليبي (م ٢٧ مدني) والأردني (م ٢٢ مدني) ، والسوداني (م ١/١٦ من القانون المدني لسنة ١٩٨٤)، والكويتي (م ٧٢ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١) . فوق أنه قد فسر صمت بعض التشريعات وعدم تحديدها لموقف قاطع من مشكلة الإحالة ،

(١)) هذا ، مع ملاحظة أن المشرع العراقي قد خرج على هذا المبدأ العام منتهجاً سلوك اتفاقيات جنيف وذلك عندما قرر في المادة ٤٢٤ من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ أنه " يرجع في تحديد أهلية الملتزم بمقتضى السفتجة (الكمبيالة) إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته ، فإن أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كان قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق " ، وقد رجحنا الأخذ بهذا الإستثناء أيضاً في الشيك والسند لأمر . راجع في التفاصيل مؤلفنا : تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، الطبعة الثانية ١٩٩٥ ص ١٠٧ وما بعدها .

كما هو الحال في القانون الجزائري[١]، على أنه رفض لها بنوعيها.

وقد رفض الأخذ بالإحالة أيضاً العديد من القوانين الأجنبية والاتفاقات الدولية، من ذلك القانون السويسري [٢] (م ١٤ من قانون ١٨ ديسمبر١٩٨٧) وقانون الكيبك (المادة ٣٨٠ من قانون ١٨ ديسمبر ١٩٩١) وقانون ولاية لويزيانا [٣] (المادة ٣٥١٧ لقانون ١٩٩١) والقانون الإيطالي (م ٣٠ مدني لسنة ١٩٤٢) و القانون الهولندي[٤]، والقانون اليوناني، وفي الدول الاسكندنافية [٥]. والحل عينه سلكته بعض الاتفاقات الدولية[٦].

وعلى النقيض من الموقف المتقدم بارَكَ جانب آخر من التشريعات الأخذ بالإحالة . فقد أخذ بها القضاء الفرنسي بدرجتيها الأولى والثانية [٧] ، وأعملها القضاء اللبناني [٨]والإنجليزي [٩]، والبلجيكي[١٠] ، ونص عليها صراحة القانون

---

(١) في هذا المعنى ، Peyrard في تعليقه على قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، ١٩٧٧ ص ٣٨٦ وما بعدها، الدكتور عز الدين عبد الله، قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد، دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية، مصر المعاصرة - اكتوبر ١٩٧٩ - السنة السبعون العدد (٣٧٨) ، ص ٤١٧ ومابعدها ، انظر بالتحديد ص ٤٢٧ .

(٢) عدا بعض إستثناءات محدودة خاصة بالحالة المدنية للأشخاص .

(٣) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، ص ٤٩٦ .

(٤) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق، ص ٤٩٦.

(٥) باتيفول ولاجارد ، المرجع والموضع السابقين .

(٦) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، ص ٤٩٤ .

(٧) راجع في التفاصيل، برنار أودي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، فقرة ٢١٨ وما بعدها ص١٨٤وما بعدها

(٨) الدكتور سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص ٦٠٦ وما بعدها .

(٩) دايسي - موريس ، ص ٧٩ وما بعدها .

(١٠) Rigaux ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، فقرة ٣٩٢ .

الألماني لسنة ١٩٨٦ (م ٤/١)، والقانون النمساوي (م ٥ من قانون ١٥ يونيه لسنة ١٩٧٨) والقانون البولندي (م ٤ من قانون ١٢ نوفمبر لسنة ١٩٦٥) والبرتغالي (المواد من ١٧ - ١٩ من القانون المدني لسنة ١٩٦٦) والتركي (م ٣/٢ من قانون ٢٠ مايو ١٩٨٢) والتشيكوسلوفاكي (م ٣٥ من قانون ٤ ديسمبر ١٩٦٣) والقانون اليوغسلافي (م ٦ من قانون ١٥ يوليه ١٩٨٢) .

كما أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى جانب آخر من التشريعات . من ذلك القانون الأسباني (م ٢/١٢ من قانون ٣١ مايو ١٩٧٤) ، والمجري (م ٤ من قانون ١٩٧٩) والياباني (م ٣٢ من قانون ١٩٨٩)[1] والقانون السوداني (م ٣٣ من القانون المدني القديم لسنة ١٩٧١)، وقانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة (م ٢/٢٦)، والمادة ٨٧ من المشروع العربي الموحد .

ثانياً : المشرع الإماراتي والإحالة من الدرجة الأولى :

انحاز المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة إلى الإحالة من الدرجة الأولى وحدها ، أي تلك التي تتم إلى قانون دولة القاضي . وفي ذلك تنص المادة ٢٦ من قانون المعاملات المدنية على أنه " ١ - إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.
٢ - على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق " .

والبيِّن من هذا النص أن المبدأ في القانون الإماراتي هو رفض الإحالة ، والإستثناء هو قبولها متى كانت من الدرجة الأولى ، أي متى تمت الإحالة على

(١) المجلة الإنتقادية ١٩٩٠ ص ٨٤٤ .

قانون القاضي الإماراتي . إذفي هذه الحالة يقبل المشرع الإماراتي الإحالة المرسلة إليه من قواعد الإسناد الأجنبية . ولئن أراد القاضي الإماراتي أن يضع هذا النص موضع إعمال فإن عليه أن يتبع الخطوات الآتية :

- يبدأ أولاً بمخاطبة قاعدة الإسناد الأجنبية في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية . ولن يخرج الأمر عن واحد من فرضين :

* أن تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق القانون الإماراتي . في هذا الفرض يقبل المشرع الإماراتي هذه الإحالة المسماة بالإحالة من الدرجة الأولى وبحيث يتعين عليه أن يطبق القواعد الموضوعية في قانونه ، أي تلك القواعد التي تعطي الحل المباشر للمنازعة المطروحة أمامه .

* أو أن تشير هذه القاعدة إلى تطبيق قانون دولة أجنبية ثالثة . عند ذلك يعرض عن هذا القانون الأجنبي برمته ، ويعود القاضي الإماراتي إلى القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد فيطبق القواعد الموضوعية فيه غير عابيء بقاعدة الإسناد ، إذ ذلك هو مقتضى الأصل عنده وهو رفض الإحالة .

- والحال كذلك ، فإنه يتعين على القاضي الإماراتي ، وهو بصدد بحثه عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي المطروحة أمامه ، أن يكلف الخصوم أولاً باثبات قاعدة الإسناد الأجنبية في القانون المختص ، قبل أن يكلفهم باثبات مضمون الحكم الموضوعي في القانون الأجنبي . ومرد ذلك ببساطة هو أن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص قد تعقد الاختصاص لقانون القاضي ، فيكون على

القاضي الإماراتي آنئذٍ أن يطبق القواعد الموضوعية في قانونه نزولاً على حكم المادة ٢/٢٦ من قانون المعاملات المدنية وإلاً كان حكمه معيباً للخطأ في تطبيق القانون الوطني، إذهو لم يطبقه في فرض كان يجب تطبيقه فيه.

مبررات هذا الحل :

يبدو أن المشرع الإماراتي قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى استجابة لاتجاه فقهي وقضائي ارتفع صوته في مصر والخارج يدعو إلى الأخذ بها . ويستند أصحاب هذا النظر ، في الفقه والقضاء إلى جملة تبريرات أهمها :

- أن قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي قد يحقق حماية المصالح الوطنية في بعض الفروض :(1) فلو عاد الزمن دورته وطرحت قضية " فرجو " أمام القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة وأحال القانون البافاري إلى القانون الإماراتي لكان لنا أن نتصور فائدة هذا الحل المتمثل في أيلولة المال إلى خزائن دولة الإمارات العربية ، وفي ذلك مصلحة عامة ولا شك .

- إن في قبول الإحالة من الدرجة الأولى تيسيراً على القضاة ، حيث سيطبق القاضي الإماراتي قانونه الوطني فيتجنب بذلك عناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي (2) . فالقاضي الوطني يرتاح لإعمال قانونه أكثر من ارتياحه لتطبيق القانون الأجنبي . إلى ذلك فإن القاضي يطبق قانونه بصورة

(1) انظر على سبيل المثال الاستاذ كامل ياسين ، المقال السابق ، ص ٤٣٠ وما بعدها عند تبريره لأخذ القضاء الفرنسي للإحالة من الدرجة الأولى .

(2) الدكتور حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، الطبعة الأولى ، ص ٢١٦ وفي تأييده الدكتور هشام صادق، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

أفـضل من تطبـيـقـه للقـانون الأجنبي [1] ، لأنه لا يعـرف هذا القـانون[2] جـيـداً . فـوق هذا فـإن القـاضي وهو يطبق قـانونه لن يواجـه بـالمشـاكل التي تواجهـه عـادة عند تطبـيـقـه للقـانون الأجنبي،كـأن يكون هذا الأخـيـر مخالفاً للنظام العام في دولته .علاوة على ذلك، فإن القاضي بقبوله الإحالة من الدرجة الأولى وتطبـيـقـه لقـانونه الوطني إنما يتـرجم مـبـدأ الفـاعليـة والواقـعـيـة ، إذ الغـالب أن يكون قانون القـاضي - في هذه الحـالة - على اتصـال بالمنازعـة المطروحة عليـه [3] . ومن المعلوم أن مـبـدأ الواقـعـيـة هذا هو محور نظرية التنازع برمتها .

- إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقاً لأهـــدافها . إذ لا شـك أن تطبيق القـاضي الوطني لقـانونه سيكون مـقـبـولاً من النظام القـانوني في دولته، إذ سيؤدي إلى إستقرار الحياة القانونية والمعامـلات داخـل إقليـم الدولة ، وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي . "ولن يكون في هذا التـحقـيق أي مـسـاس بالنظام القـانوني الأجنبي المتـصل بالعـلاقـة نظراً لأن هذا التـطبيـق قدتم بناء على الإحالة الصـادرة من النظام القـانوني الأجنبي ذاته ؛ فتطبيق القاضي الوطني لقانونه إنما كان نتيجة للأخذ بما تقضي به قاعدة الاسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي ذاته "[4].

(١) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٤ ص ٤٩٧ وما بعدها .
(٢) مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٩ ص ١٥٣ .
(٣) مايير، المرجع والموضع السابقين .
(٤) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، فقرة ١٠١ ص ١١٩ .

- إن الأخذ بالإحالة إلى قانون القاضي الإماراتي هو حل ينسجم تماماً مع مسلك المشرع من حيث نظرته إلى مجمل قواعد التنازع ومن أن السيادة الإقليمية تحت بصره هي الأصل في سلطان القانون .فالمشرع الإماراتي قد توسع إلى حد بعيد في تطبيق القانون الوطني . ولذلك فإن مسلكه في خصوص الإحالة وقبولها من الدرجة الأولى هو مسلك ينسجم تماماً مع مجمل مذهبه . ويبدو أن المشرع في دولة الإمارات قد آمن بما ذهب إليه جانب من الفقه التقليدي في مصر حين أكد أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى " هو إعمال للسيادة الإقليمية لقانون القاضي ترتب على رفض القانون الأجنبي الاختصاص الذي يقرره له قانون القاضي "[1].

المبحث الثاني
قبول الإحالة او رفضها في منظور وظيفة قاعدة الاسناد
(الحل الوظيفي)

من غير أن نصادر على التحليل الذي سوف سنجريه نؤكد أننا نرفض طريقة الفقه التقليدي في التصدي للمسألة سواء من قال منهم بقبول الإحالة أو برفضها . والأدق في رأينا انتهاج مانسميه بفكرة الحل الوظيفي بحيث تكون الإحالة مقبولة أو مرفوضة من حيث المبدأ والمدى في ضوء غاية قاعدة الإسناد ووظيفتها. ولإبراز هذه الوجهة من النظر نبحث في ملامح الحل الذي نقول به ومضمون فكرة الحل الوظيفي (مطلب أول) ، ثم نعرض لتطبيقاتٍ له في ضوء مسح شامل لوظيفة مختلف قواعد الإسناد (مطلب ثانٍ) ، ونختتم هذا المبحث بتقدير موقف المشرع المصري ومن على شاكلته من التشريعات الرافضة للإحالة (مطلب ثالث) .

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٦١ ، وفي فرنسا بنوبيه ، المختصر ، فقرة ٤٩٨.

المطلب الأول

فكرة الحل الوظيفي والموقف من الإحالة قبولا او رفضا

مضمون الفكرة : الحل الوظيفي[1] في مسألة الإحالة يعني ببساطة ألا نكرس حلاً عاماً مجرداً ينطبق في كافة الحالات وجميع الفروض ، سواء أكان هذا الحل بقبول الإحالة أم برفضها. ففكرة الحل الوظيفي قوامها عدم التقيد بحل عام مسبق . كمايترتب على الأخذ بها ، أن يجيء الحل المُقَال به - سواء برفض الإحالة أو بقبولها - في مادة بعينها أوأكثر متفقاً وروح قاعدة الإسناد الوطنية والغاية التي ترمي إلى تحقيقها.[2] بعبارة أخرى ، نرى أن المنهج الذي يجب اتباعه في شأن هذه الحالة، هو منهج تحليلي ، يرتكن إلى تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الاسناد . فالاعتبارات الكامنة وراء اختيار قاعدة اسناد لحكم مسألة معينة يجب أن يُستَلهم منها الحل الذي يتعين القول به في خصوص الإحالة قبولاً أو رفضاً . في الجملة ، لا يجب التقيد بحل عام مسبق a priori . وإنما يلزم أن يكون الحل المعتمد

---

(١) وقد سبق لنا أن اعتمدنا على فكرة الحل الوظيفي هذه لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تعدد الجنسيات أو انعدامها. راجع مؤلفنا : الإتجاهات الحديثة في مسألة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية بيروت ١٩٩١- كما حاولنا تكريس فكرة الحل الوظيفي في مسألة الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، اقرأ بحثنا بعنوان : تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتي الإختصاص القاصر والإختصاص المشترك ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - العدد الثاني ١٩٩٢ ، ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) وهو ذات المبدأ العام الذي انطلقنا منه في تحديد الحل الذي رجحناه في شأن تعدد الجنسيات وإنعدامها والذي بالنظر إليه عددنا الفروض واختبرنا مصداقيتها ، راجع بحثنا السابق الإشارة إليه ، الإتجاهات الحديثة في تنازع الجنسيات .وانظر في تأييد هذا الإتجاه في شأن الإحالة الاستاذ برنار أودي ، القانون الدولي الخاص ، باريس ١٩٩١ ، فقرة ٢٢١ ص ١٨٦ - ١٨٧ حيث يقول : " قبول الإحالة أو رفضها يتوقف على المسألة التي يثور التكييف بشأنها وعلى الاعتبارات التي ترمي إليها قاعدة الإسناد . بعبارة أخرى ، يجب أن يأتي الحل في إطار المفهوم الوظيفي لقاعدة الإسناد " . هذا، وقد وجد رأينا في شأن فكرة الحل الوظيفي في مسائل تنازع الجنسيات تأييداً من جانب من الفقه العربي ، راجع في مصر ، الدكتورة حفيظة الحداد ، دروس في قانون الجنسية ، الاسكندرية ١٩٩٤ ، وفي لبنان المستشار الدكتور سامي بديع منصور الوسيط بيروت ، ص ٢٧٦ وما بعدها.

ثمرة تحليل يضع فيه الباحث تحت بصره - عند إجرائه - أمرين : طبيعة المسألة المتعلق بها النزاع ، وغاية قاعدة الإسناد .

- ومادام الحل الذي يجب اعتماده في شأن الإحالة يرتكن بالأساس إلى تحليل قائم على تحديد غاية قاعدة الإسناد وروحها ، ولما كانت هذه الغاية تختلف من مشرع لآخر ، فإن من الطبيعي أن تتباين بين الدول الحلول المقال بها في شأن الإحالة من مسألة لأخرى . ومن هذا المنظور يبدو التنسيق بين قواعد الإسناد أمراً ضرورياً وهو ما يثري نظرية الإحالة في نهاية المطاف .
- الوضع الطبيعي أن كل مشرع يضع قواعد الإسناد في قانونه بقصد اختيار أنسب القوانين وأكثرها قدرة على حسم النزاع . ويضع مشرع كل دولة هذه القواعد دون سابق تنسيق مع غيره من المشرعين . عدم التنسيق هذا قد يَستتبع في بعض الفروض خللاً في وظيفة قاعدة الإسناد . هذا وارد بالنسبة لكل مشرع من المشرعين في ظل عدم وجود هيئة عليا تتولى عملية التنسيق بين التشريعات المختلفة . ولا شك في أن الإحالة يمكن أن تكون من بين أدوات هذا التنسيق وبحيث يُتصور أن نعيد بمقتضاها لقواعد الإسناد وظيفتها المختلة عندئذٍ .

وقبل تحديد معالم الحل الذي نؤمن به يجدر بنا أن نضع أيدينا على نتيجة التحليل النهائي لمذهب القائلين بالإحالة والرافضين لها . ووصولاً لهذه النقطة نبحث في ملامح الحلول القائمة (أ)، وهي ملامح تعني أن الحقيقة بين الفريقين ويمكن الوقوف عليها من خلال تحليل واع ومدرك لوظيفة قاعدة الإسناد يحفظ لها روحها son esprit المتمثلة دوماً- وبصورة مجملة - في تطبيق أنسب القوانين لحكم المنازعة (ب) .

(أ) ملامح الحل المُقال به رفضاً للإحالة أو قبولاً لها :

- القائلون بالإحالة والرافضون لها يعتمدون حلولاً " مطلقة " " وعامة " . فالإحالة خير كلها تحت بصر فريق ، وشر كلها تحت بصر فريق آخر . وطرح المسألة بهذه الصورة أوتلك هو منهج " متحيز " ومتطرف .

- إن الحقيقة بين الرأيين موزعة ، والكشف عن هذه الحقيقة لا يمكن بلوغه فيما لو سلكنا منهج الرفض المطلق أو القبول المطلق . إن الأمر يعوزه تحليل متأنٍ وفق موجهات منضبطة ترتكز جميعها حول نقطة محددة : وظيفة قاعدة الإسناد وغايتها بحسبانها وسيلة فنية من غاياتها تجنب الخلل والقصور الناجمين عن إختلاف قواعد الإسناد وتباينها من دولة لأخرى . في الجملة يجب اعتماد حل وظيفي .

- ثم إن القائلين بالإحالة من الدرجة الأولى ليسوا بعيدين تماماً عن فكرة التحيز القائم إما على فكرة الإقليمية والعودة " بالعلاقة إلى نطاق السيادة الإقليمية للقانون الوطني "[١] ، متى كانت هذه العلاقة تمس مصالح وطنية، وإما بالنظر إلى اعتبارات عملية أساسها في الجملة معرفة القاضي الوطني بقانونه حق المعرفة مع تجنب كافة المشاكل العملية التي يلاقيها عند تصديه لتطبيق قانون أجنبي [٢] . نحن لا ننكر أبداً أن هذه الاعتبارات تتحقق لزوماً في الفرض حيث تؤدي نتيجة المنهج التحليلي القائم

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ٧٠ ص ١٥٧ ، بنوابيه ، المختصر ، فقرة ٤٩٨ .

(٢) راجع ما ذكرناه من تبريرات تبدو لنا هي الدافع لأخذ المشرع الإماراتي بالإحالة من الدرجة الأولى . واقرأ في المزيد من التفاصيل ، فرانسيسكاكيس ، موسوعة القانون الدولي ، تحت عنوان " الإحالة " بند ٣٠ وما بعده ، ومايير، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٩ ص ١٥٢ وما بعدها . وانظر أيضاً باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٥ ص ٤٩٩ .

على فكرة الحل الوظيفي للإحالة إلى تطبيق قانون القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى). غاية ما هنالك أنها إذ تتحقق فإنما تتحقق تبعاً لفكرة الحل الوظيفي، كنتيجة لها وليست كسبب . وشتان ما بين الأمرين .

(ب) الموقف من الإحالة في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد والغاية منها:

في ضوء الاعتبارات المتقدمة نرى أن اتخاذ موقف من الإحالة ، قبولاً أو رفضاً، عاماً كان أو خاصاً بمسائل معينة، ينبغي أن يكون وليد تحليل دقيق وواعٍ يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد والغاية التي ترمي إلى تحقيقها . فإن بدت الإحالة في مسألة بعينها ملائمة وأنها تساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد وظيفتها تعين الأخذ بها . وعلي النقيض من ذلك يجب هجرها تماماً والإعراض عنها إن ظهر للقاضي أن الأخذ بها يعصف بالغاية التي تهدف إليها قاعدة الإسناد أو إن بدا له أن في إعمالها خروجاً بالقاعدة عن وظيفتها وانتهاكاً صارخاً لتوقعات الأفراد ومساسا بمصالح التجارة الدولية . وفي هذا يؤكد جانب من الفقه الرائد في مصر " أن وظيفة قاعدة الإسناد هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول إلى أكثر الحلول تلبية لمقتضيات التجارة الدولية ، وذلك دون الإخلال بمصالح الدولة الخاصة . ولكي تتحقق هذه الوظيفة على خير وجه يسعى المشرع عند وضعه قاعدة الإسناد إلى إخضاع العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي إلى أكثر القوانين قبولاً من الدول المتصلة بالعلاقة ، وذلك حتى يتسنى للعلاقة إنتاج أثرها في كافة هذه الدول ، كما يحرص من جهة أخرى على إخضاع العلاقة إلى أكثر القوانين توقعاً بالنسبة للأفراد حتى لا يفاجأوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبه إلى إمكان خضوع علاقتهم له "[1] . في ضوء هذه الغايات التي ترمي إليها قاعدة الإسناد سنحاول أن نجري تحليلاً لبعض قواعد الإسناد لنقف على الحكم الآتي:

(١) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٠ ص ١١٨ .

قبول الإحالة من عدمه يتحدد بالنظر إلى وظيفة قاعدة الإسناد والغاية منها وليس في ضوء إعتبارات نظرية[١] .

ويحسن بنا ، قبل إجراء هذا المسح الشامل ، أن نؤكد مرة أخرى علي أننا نعتمد الحل القائل بقبول الإحالة إن كان الأخذ بها ينسجم ويتوافق مع غاية قاعدة الإسناد سواءً أكان قبولها من الدرجة الأولى أو الثانية . وعلى نقيض ذلك، يجب عدم الأخذ بها متى ظهر أن في إعمالها مساساً بغايات القاعدة واغتيالاً للأهداف التي وضعت من أجلها .

أولاً: الإحالة مقبولة إن كان في الأخذ بها تحقيق قاعدة التنازع لأهدافها :

أ - الإحالة من الدرجة الأولى :-

في هذا النوع من الإحالة سيطبق القاضي الوطني قانونه وهو أمر محبب إلى نفسه يتجنب معه تطبيق قانون أجنبي (مع ما يثيره إعماله من مشاكل وصعوبات) لا يكون معها القاضي في منجى من اللمم والخطأ [٢] . فالقاضي الوطني يُحسن تطبيق قانونه وهو ما يتحقق معه التطابق ما بين الاختصاصين القضائي والتشريعي، و تجنب مسألة التمييز بين ما يعد من الإجراءات وما يعد من الموضوع . فهذه المشكلة الأخيرة مجلبة لصعوبات بالغة من العصي في الكثير من الأحوال وضع الفواصل بينها[٣].

هذا والأصل أن تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي لا ينطوي على

(١) في هذا المعنى، الدكتور فؤاد رياض ، المرجع والموضع السابقين، وفي فرنسا باتيفول ولاجارد، المرجع السابق، فقرة ٣١١ ص ٥٠٦ - ٥٠٧ .

(٢) لوسوارن وبوريل ، فقرة ٢٠٢ ص ٢٠٧ ، باتيفول ولاجارد ، المرجع السبق ، فقرة ٣٠٥ .

(٣) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٤ ص ٤٤٩ .

إخلال بتوقعات الأفراد في الفرض حيث يكونون مرتبطين بدولة القاضي (عن طريق الإقامة أو الموطن أو وجود الأموال موضوع النزاع) ويكون من الميسور عليهم عندئذ الإحاطة بهذه القواعد. ومن هذا المنظور ، فإنهم قد يرتاحون إلى تطبيق القواعد الموضوعية في قانون القاضي أكثر من ارتياحهم إلى تطبيق قانون دولة أخرى قد يتعذر عليهم الوقوف عليه. للتدليل على سلامة ذلك نسوق مثالاً :

لو مات فرنسي متوطنٌ في دولة الإمارات العربية المتحدة عن أموال عقارية ومنقولة فيها ، فإن القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الإماراتية (م ١/١٧ من قانون المعاملات المدنية) هو القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المتوفى وقت الوفاة . قاعدة الإسناد الفرنسية تعقد الإختصاص للقانون الإماراتي (قانون الموقع بالنسبة للعقارات وقانون موطن المتوفى بالنسبة للمنقولات) .

في هذه الحالة سوف يطبق القاضي الإماراتي القواعد الموضوعية في قانونه (م ١/٢٦) في شأن هذا الميراث إعمالا للإحالة من الدرجة الأولى . وهذا الحل نموذجي من عدة وجوه :

- حقق التناسق بين قاعدة الإسناد في القانون الإماراتي وقاعدة الإسناد في القانون الفرنسي . والحل الذي وصلنا إليه من خلال الإحالة يقبله القانون الأجنبي الذي تعين اختصاصه ويتلقفه قانون القاضي الإماراتي .
- القاضي الإماراتي سوف يتجنب بإعمال القواعد الموضوعية في قانونه كافة المشاكل المترتبة على إعمال القانون الأجنبي من دفع بالنظام العام ووحدة الإختصاصين القضائي والتشريعي وغير ذلك مما ذكرناه .
- هذا الحل ليس فيه إخلال بتوقعات الأفراد. فهم يعلمون سلفاً أن مورثهم متوطن في دولة الإمارات العربية وأن قواعد الإسناد في قانونهم الفرنسي تعقد الإختصاص في العقارات لقانون موقعها وفي المنقولات لقانون موطن

المورث .

- أكثر من ذلك نرى أن القاضي الإماراتي بقبوله الإحالة في هذا الفرض إنما يصحح مسار قاعدة الإسناد . أساس ذلك عندنا أن في دولة كالإمارات العربية المتحدة عدد الأجانب كبير جداً بدرجة غير مألوفة في أية دولة أخرى ، ويتملك الأجانب فيها ثروات طائلة وأموالاً عريضة الأمر الذي كان ينبغي معه إخضاع الإرث - عقاراً كان أم منقولاً - لقانون موطن المورث - الذي هو غالباً قانون موقع المال -، تبدو لنا الإحالة أداة نموذجية للتنسيق بين الحلول .

ب - الإحالة من الدرجة الثانية :

في إطار ذات المنهجية ليس ثمة ما يمنع مطلقاً من الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية متى كان في الأخذ بها ما يساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد وظيفتها بما يكفل التعايش المشترك بين النظم القانونية المتصلة بالعلاقة ، ويقيم التناسق بينها عن طريق تطبيق أكثر القوانين إتصالا بالعلاقة . والحق أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية كثيراً ما يتحقق معه هذا الهدف كما سنرى عبر الأمثلة العديدة التي سنطرحها. وهذا هو مايؤكده الفقه الفرنسي المعتمد [1] . مثلاً إذا أحالت قاعدة الإسناد في القانون الذي تحدد اختصاصه بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون دولة ثالثة عقدت قواعد الإسناد فيها الاختصاص للقواعد الموضوعية المدرجة في هذا القانون فإن إعمال هذا الحل قد يكون مقبولاً من وجهة نظر قواعد التنازع في الدول الثلاثة التي تجولت بينها المنازعة .هذا يعني ببساطة أن القانون المطبق سيكون واحداً ولن يختلف سواء أرفع النزاع أمام قضاء الدولة الأولى أم الثانية أم الثالثة.

(١) انظر علي سبيل المثال ، هولو و فوييه ودولابراديل ، فقرة ٤٨٧ ص ٢٤٦ ، مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٧ ص ١٥٢ .

هذه الوحدة في الحلول تعد هدفاً عزيزاً من أهداف القانون الدولي الخاص فيه من حماية توقعات الأفراد[1] .

وقد ضرب لنا القضاء الفرنسي مثلاً يبرز أهمية الإحالة ودورها في تحقيق وحدة

(١) ويضرب الفقه الفرنسي مثلاً يراه نموذجياً يبقى شاهداً على أن للإحالة فضل توحيد الحلول واحترام توقعات الأفراد سبق أن سطره الفقيه الألماني Raape . زوجان سويسريان ، خال وابنة أخته ، متوطنان في موسكو حيث أبرما زواجهما فيها. هذا الزواج يعد صحيحاً وفق كل من القانونين الروسي والسويسري. ذلك أن قواعد الإسنادفي كل من القانونين السويسري (مع ملاحظة أن الزواج باطل وفق القواعد الداخلية في القانون السويسري) والروسي تتفق على إخضاع هذا الزواج في شروطه الموضوعية لقانون موطن الزوجين (القانون الروسي) ، ونظراً لأن هذا القانون الأخير يجيز زواج الخال بأبنة أخته ، فمعنى ذلك أننا بصدد زواج صحيح تحت بصره . والحل هذا هو الذي يحمي توقعات الزوجين : فهما قد عولا وقت إبرام الزواج على حكم هذا القانون ورتبا أمورهما عليه .

فإذا افترضنا - كما يقول راب - أن نزاعاً قد ثار في تاريخ لاحق بشأن صحة هذا الزواج أمام القاضي الألماني ، وكانت قاعدة الإسناد الألمانية تعقد الاختصاص للقانون السويسري ، قانون الجنسية المشتركة للزوجين ، فإن القاضي الألماني قد يطبق القواعد الموضوعية في القانون السويسري (يرفض الإحالة) وقد يطبق قواعد الإسناد فيه (يقبل الإحالة) ، فإن طبق الأولى مباشرة لأدى به ذلك إلى اعتبار هذا الزواج باطلاً ، بينما لو أخذ بالإحالة إلى القانون الروسي (إحالة من الدرجة الثانية) لأدى به ذلك إلى اعتبار هذا الزواج صحيحاً. ويكون من نتيجة ذلك :

- إعمال حل هو بعينه الذي كان سيتوصل إليه القاضي السويسري بمقتضى قواعد الإسناد فيه والتي تعقد الاختصاص للقانون الروسي .
- الوصول إلى حل نموذجي يحقق الاتساق القانوني بين الأنظمة المرتبطة بالعلاقة وتتوحد معه الحلول المقال بها، وحماية توقعات الأطراف المشروعة. حل مأمول ومرغوب فيه تماماً طالما أن أطراف العلاقة، وقت نشأة الزواج لم يقم في حقهم أي سبب يدعوهم إلى التعويل على القانون الألماني وأخذه في الحسبان. ذلك أن في تطبيق هذا القانون وما يؤدي إليه انتهاكاً لتوقعاتهم بالنسبة لصحة زواجهم.

و المتأمل في المثال الذي ساقه الأستاذ راب يلحظ الآتي :

- أن القواعد الموضوعية في القانون السويسري تبطل زواج الخال من ابنة أخته ، والحال كذلك لا نتصوركيف أن القاضي السويسري سيعتبره زواجاً صحيحا بمقتضى قواعد الإسناد فيه التي تعقد الاختصاص للقانون الروسي، قانون موطن الزوجين . فأين الدفع بالنظام العام ؟
- على فرض أن القاضي الألماني أخذ بالإحالة ووصل إلى تطبيق القانون الروسي - قانون موطن الزوجين - الذي يعتبر الزواج صحيحاً ، فإن ذلك في ذاته ليس كافياً وإنما يجب ألا يكون القانون المختص - عند الإحالة - مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي . فإن كان مخالفاً تعذر إعماله .

ما نخلص إليه أن المثال المطروح يحتاج إلى ضبط في مفترضاته الصناعية حتى يمكن التعويل عليه بوصفه نموذجاً يؤكد دور الإحالة وأهميتها في تحقيق الإتساق القانوني وحماية توقعات الأفراد .

الحلول وحماية توقعات الأفراد المشروعة : تتحصل وقائع القضية في أن زوجين سوريين من الديانة اليهودية كانا يقيمان بصفة دائمة في بريطانيا. وبينما كان الزوجان في أقامة عابرة في إيطاليا أبرما زواجهما في ميلانو أمام الحاخام الأكبر هناك وفقاً للشكل الديني اليهودي الذي يقره قانون جنسيتهما المشتركة . في تاريخ لاحق استقر المقام بالزوجين في فرنسا حيث أثيرت سنة ١٩٢٤ مسألة صحة هذا الزواج من حيث الشكل .قاعدة الإسنادفي القانون الفرنسي تقضي باخضاع الزواج من حيث الشكل لقانون محل الإبرام [١]. وبإعمال القاضي الفرنسي لهذه القاعدة سوف يصل إلى ابطال هذا الزواج لأنه لم يتم وفقاً للشكل الذي يفرضه القانون الإيطالي بوصفه قانون محل إبرام الزواج ، وإنما أبرم وفقاً لقانون الجنسية المشتركة للزوجين ،أي وفقاً للقانون السوري . بيد أن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذا الحل . على النقيض ذهبت - مؤيدة محكمة أكس أن بروفانس - إلى اعتبار هذا الزواج صحيحاً وذلك بقبولها للإحالة من الدرجة الثانية من القانون الإيطالي إلى القانون السوري .

وعلى سبيل الافتراض أن القانون الإيطالي في هذا المثال قد أحال إلى القانون السوري، فإن رفض الإحالة كان سيترتب عليه بالضرورة إبطال الزواج المذكور في فرنسا رغم أنه يعد صحيحاً تحت نظر كل من قواعد الإسناد في القانون الإيطالي الذي أبرم الزواج في ظله وقواعد القانون السوري بوصفه قانون الجنسية المشتركة للزوجين .

اعتبار هذا الزواج صحيحاً متى أخذنا بالإحالة يعد حلاً نموذجياً يحمي التوقعات المشروعة للأفراد . فمن غير المتصور عقلاً أن يكون هذان الزوجان ، وهما زوجان

(١) مفهوماً هذا الحل على أنه يجعل من قاعدة إخضاع شكل الزواج بين الأجانب في الخارج لقانون محل إبرامه ، قاعدة آمرة لا اختيارية ، هولوفوبيه ودولابراديل ، فقرة ٤٨٩ ص ٢٤٧ وفي التفاصيل عندهما فقرة ١١٢٨ ص ٥١٣ وما بعدها .

سوريان اتخذا من بريطانيا موطناً لهما ، وشاء لهما قدرهما أن يبرما زواجهما في ايطاليا عند اقامتهما العابرة بها ، قد فكرا يوماً أو دار بخلدهما عند زواجهما سنة ١٩٢٤، أن مسألة صحة زواجهما من حيث الشكل سوف يطرح أمرها أمام القاضي الفرنسي . وفي ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية " إن إعمال الإحالة يجد تبريره في هذه المنازعة فيما تؤدي إليه من تطبيق القانون السوري على شكل الزواج، وهو القانون الذي رغب الأفراد في الخضوع لحكمه وهو الذي يعتبر زواجهما صحيحاً " .

والواقع من الأمر أن هذا الحل لا يمكن تصوره إلا إذا تعين قانون محل إبرام الزواج (الإيطالي) بوصفه القانون الوحيد الذي يحكم الزواج من حيث الشكل . عند ذاك يكون اللجوء إلى الإحالة عن طريق إعمال قواعد الإسناد في القانون الإيطالي التي تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوجين (القانون السوري) ، أمراً معقولا ومقبولاً . أما إذا تحدد القانون السوري بوصفه واحداً من القوانين ذات التطبيق الاختياري التي عينتها قاعدة الإسناد الفرنسية والتي يصح الزواج إن وافق من حيث الشكل أياً منها ، فلا حاجة للإحالة هنا ، ويكون انطباق القانون السوري قد تعين مباشرة بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية ويكون عندئذ لهذه القاعدة الاختيارية مضمون مادي معين يهدف إليه المشرع وهو البحث عن صحة الزواج وفقاً إلى أي من هذه القوانين الاختيارية التي تعينها قاعدة الإسناد في قانون القاضي .

المطلب الثاني

الإحالة بين القبول والرفض في ضوء مسح شامل لوظيفة مختلف قواعد الإسناد

لإثبات مصداقية فكرة الحل الوظيفي في هذا الشأن يتعين أن نجري في إيجاز اختباراً لمصداقية هذه الفكرة في خصوص مختلف ضوابط الإسناد : في الالتزامات غير التعاقدية (أ) والأموال (ب) وفي مسائل الأحوال الشخصية عموماً (جـ)وفيما

إذا كان ممكناً إجراء الإحالة فيما لو كان مناط الإسناد هو قانون الإرادة (د) أو في خصوص الضابط القائل بإخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام (هـ) ثم نبحث في كيفية التغلب على مشاكل الإحالة (و) ، وذلك على التفصيل التالي :

أ - في خصوص الالتزامات غير التعاقدية :

في هذا الميدان يمكن أن تثور مسألة الإحالة . ومع ذلك نبادر إلي القول بأن النطاق الذي تثور فيه محدود لسبب بسيط هو أن غالبية التشريعات تجعل القانون الواجب التطبيق في خصوص الالتزامات غير التعاقدية هو قانون محل وقوع الفعل الضار . ومع ذلك ، فإنه يمكن إعمال الإحالة على ضوء تحليل متأنٍ يأخذ في الحسبان غاية قاعدة الإسناد والروح التي تمليها .

لنفترض أن إحدى مدارس اللغات في مصر قد جهزت رحلة لتلاميذها إلى الولايات المتحدة الأمريكية . التلاميذ مصريون ، والمدرسون مصريون والمشرفون والمدير كلهم مصريون متوطنون في مصر . حياة التلاميذ مؤمن عليها لدى شركات تأمين مصرية . حدث أن ارتكب أحد التلاميذ خطأً سبب ضرراً لزميل آخر معه في الرحلة. لو تصورنا أن دعوى المسئولية عن هذا الفعل قد رفعت أمام القضاء المصري، فإنه سوف يطبق القانون الأمريكي - قانون دولة وقوع الفعل الضار - نزولاً على حكم المادة ٢١ مدني مصري . فإذا رجعنا إلى القانون الأمريكي وافترضنا أن قواعد الإسناد فيه تقضي بتطبيق القانون المصري ، فإن القانون المصري المقصود هنا هو القواعد الموضوعية فيه والمنظمة لقاعدة المسؤولية عن الالتزام غير التعاقدي .

نحن نعتقد أن القاضي المصري في هذه الحالة - علي فرض أن مشرِّعه لم يحظر عليه الإحالة - سوف يجد في إعمال القانون المصري ما يحقق غاية قاعدة الإسناد

الواردة في المادة ٢١ ذاتها للأسباب الأتية :

- إن المشرع المصري عندما وضع قاعدة الإسناد المتضمنة في المادة ٢١والقائلة بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار قد رصد حكماً للوضع الغالب الذي يتفق مع توقعات الأفراد ، على الأقل بالنسبة للمدين المسؤول(١) .
- إن تعويل المشرع المصري على المكان الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام هو تقنين لحكم عام يترجم به المشرع عملية تركيز للعلاقات الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية المتولدة عن الفعل الضار . بعبارة أخرى لما كانت العلاقة في هذا الفرض تتركز بصورة نموذجية بالنظر إلى مصدرها وواقعتها المنشئة كان من الطبيعي إسناد الفعل الضار الذي ترتب عليه الالتزام بالتعويض إلى قانون المكان الذي وقع فيه الفعل الضار .

في المثال الذي سقناه تخلفت الاعتبارات التي بالنظر إليها وضع المشرع الحكم المتضمن في المادة ٢١ مدني مصري . فإعمال القانون الأمريكي خارج حساب قاعدة الإسناد المصرية : فوقوع الفعل المنشيء للالتزام في الولايات المتحدة الأمريكية لا يعدو أن يكون أمراً عارضاً لا يستقيم احتسابه معياراً للإسناد في حالتنا ، فوق أن في إعمال القانون الأمريكي إخلالا بتوقعات الأطراف : الدائن المضرور والمدين المسئول .

والحال كذلك فإننا نكون أمام الوضع التالي : في الفرض المتقدم - وهو فرض قابل للتكرار - تنتفي الاعتبارات التي بالنظر إليها وضع المشرع المصري قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات غير التعاقدية . بمعنى آخر غاية قاعدة الإسناد وحكمتها قد تخلفا . ماذا نفعل ؟ نرى أن تصحيح مسار قاعدة الإسناد المصرية يتحقق من

---

(١) إقرأ في المعنى المرادف لما نقوله ، *Beitzke* مقالة بعنوان :
Les obligations délictuelles en droit international privé , cours L Haye,1965,T.115, P. 67 etss. , v. Précisement no 18.

خلال أسلوب الإحالة إلي القواعد الموضوعية في القانون المصري ، وإن فعلنا ذلك نكون قد أخضعنا العلاقة المذكورة لأكثر القوانين إتصالاً بالعلاقة ، والذي يسمح للعلاقة بأن تنتج كافة آثارها في مصر، كما أننا نخضع العلاقة لأكثر القوانين توقعاً بالنسبة لأطراف العلاقة .

هذا الحل يحفظ لقاعدة الإسناد المصرية - في حالة أو حالات محددة - بأن تؤدي وظيفتها طبقاً للغاية التي ترمي إليها في إطار من التنسيق بينها وبين غيرها من قواعد الإسناد الأخرى ، كما أنه حل يصل بنا إلى ذات النتيجة الى يقول بها الفقه الأنجلو أمريكي من أنه يجب فهم معنى القانون المحلي على أساس أنه القانون الذي يحكم الوسط الاجتماعي الذي حدثت فيه الواقعة التي ترتب عليها الالتزام غير التعاقدي [(١)] .

ب - بالنسبة للقانون الذي يحكم الأموال :

- **بالنسبة للدعاوي المتعلقة بعقار واقع في الخارج والتي ترفع أمام القضاء الوطني :**

الأصل في هذا الفرض ألا تثور مسألة الإحالة . ومرد ذلك أنه إذا رفعت دعوى أمام القضاء الإماراتي متعلقة بعقار موجود في الخارج ، فإن هذا القضاء سيحكم بعدم الاختصاص، فالمادة ٢٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي تنص على أنه " فيما عدا الدعاوى العينية المتعلقة بعقار في الخارج تختص المحاكم بنظر الدعاوي التي ترفع على المواطن والدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الدولة " [(٢)]. وهذا الحكم عام يسري على ما نراه في شأن دعوى الميراث

(١) في عرض هذا الاتجاه وشرحه ، الدكتور هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٧٣٣ وما بعدها .

(٢) في التفاصيل في القانون المصري في شرح النص المقابل لهذا النص ، إقرا مؤلفنا في الإجراءات المدنية والتجارية الدولية ، مكتبة سعيد رأفت ، ١٩٨٤ - ١٩٨٥ ، فقرة ٣٢ وما بعدها ، ص ٦٥ وما بعدها .

المتعلقة بعقارات في الخارج وفي حالة الخضوع الاختياري (م ٢٣ ق.أ.م.أ) وفي حالة اختصاص القضاء الإماراتي بالطلبات المترتبطة (م ٢٢ أ.م.أ) وفي حالة تعدد المدعي عليهم (م ٧/٢١ أ.م.أ) [١] .

وفي الحالات الاستثنائية التي ينعقد فيها الاختصاص بنظر النزاع للقضاء الوطني وتشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون أجنبي تتخلى فيه قواعد الإسناد عن اختصاصها وتعهد بهذا الاختصاص إلى قانون القاضي أو إلى قانون آخر [٢]. فإنه يتعين تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المحال إليه . ويتأتى قبولنا لهذا الحل انطلاقا من التحليل التالي :

المشرع الوطني تبنى قاعدة إسناد مؤداها إعمال قانون دولة العقار باعتبار أن هذا القانون هو الأكثر قدرة وملاءمة لحكمه : فدولة موقع العقار هي صاحبة السلطة الفعلية عليه بما يكفل تنفيذ الحكم الصادر في شأنه . وفي الحالات التي لا يعترف فيها القانون الأجنبي - قانون موقع العقار - بهذه الإمكانات ويعقد الاختصاص لغيره فيجب قبول هذه الإحالة منه طالما أن الحقوق المكتسبة وفقاً للقانون المحال إليه سوف يعترف بها قانون موقع المال . والحال كذلك فيما لو كان القانون الواجب التطبيق على الميراث على عقار يعقد الاختصاص بمقتضى الإحالة لقانون جنسية المتوفي أو قانون موطنه[٣].

---

(١) وهذا ما قلنا به في مصر ، مؤلفنا في الإجراءات المدنية والتجارية ، المرجع السابق ص ١٤١ وما بعدها .

(٢) مع ملاحظة أنه لا يمكن إعمال هذا الحل في ظل الحالة الوضعية للقانون الإماراتي . والحال كذلك في مصر حيث يرفض المشرع الإحالة بنوعيها . وما نقول به لا يعدو أن يكون دراسة من شأنها أن تفتح الباب أمام التشريعات العربية لتعيد النظر في الحلول التي تأخذ بها الآن .

(٣) في هذا المعنى ، برنار أودي ، القانون الدولي الخاص ، فقرة ٢٢٣ ص ١٨٨ ، وفي ذات الإتجاه ، باتيفول ولاجارد، المرجع السابق فقرة ٣١١ ص ٥٠٧ .

وفي خصوص المنقول والقانون الذي يحكمه يمكن أن تضاف تطبيقات متعددة لفكرة الإحالة سواء أتمت الإحالة إلى قانون القاضي أم إلى قانون دولة من الغير وهي الإحالة من الدرجة الثانية[1] .

جـ - في شأن مسائل الأحوال الشخصية عموماً :

نعرف أن القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية عادة مايكون قانون موطن الشخص أوقانون جنسيته . وليس ثمة ما يدعو في هذه الميدان لعدم قبول الإحالة سواء أكانت لقانون القاضي أم لقانون آخر غيره .

- فإذا كانت الإحالة إلى قانون القاضي (الإحالة من الدرجة الأولى)، فإنه يمكن للباحث أن يقرر - بصفة إجمالية - أن ثمة اعتبارات قد تجعل من الملائم تفضيل تطبيق قانون الموطن على قانون الجنسية . فقانون الموطن غالباً ما يكون هو قانون القاضي الناظر في المنازعة، الأمر الذي يتوحد معه الاختصاصان القضائي والتشريعي . فوق أن القاضي - كما نعلم - يفضل لأسباب متعددة تطبيق قانونه الوطني . فهو به أعلم وبغاياته أدرى .أما التعويل على الجنسية بوصفها ضابط إسناد فهو أمر من شأنه تغليب اعتبارات أخرى غير مادية - مستمدة من فكرة السيادة - على اعتبارات التركيز الموضوعي التي يحققها موطن الشخص . ولا شك في أن الاهتمام باعتبارات الفعالية والواقعية من شأنه أن يدعونا إلى تغليب فكرة الموطن متى اقتضت غاية قاعدة الإسناد ذلك . ينضاف إلى ذلك أنه إذا أخضع المشرع المصري مسائل الأحوال الشخصية . (كما هو الحال في الزواج والميراث والوصية والأهلية) لقانون جنسية الشخص ، فإن هذا لا يعني أبداً أن القانون المصري يرمي إلى فرض تطبيق قانون الجنسية الأجنبي على

(١) انظر في الفقه الفرنسي ، باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣١١ ص ٥٠٧ .

غير رغبة منه[1] . فالذي يحدث هو أنه إذا أشارات قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي لا يعقد الاختصاص للقواعد الموضوعية فيه ، فمعنى ذلك أنه يجب أن نحترم ما تقول به قاعدة الإسناد الأجنبية التي تعاود بدورها تحديد أو تعيين القانون المختص والتي تكون وظيفتها تصحيح الاختيار الذي ابتدأته قاعدة التنازع في قانون القاضي ... وبحيث تضع هذا القاعدة على مسارها الصحيح وصولاً إلى قانون مسقط العلاقة "[2] فالمسألة في حقيقة الأمر تعني أن هناك نسبية في الإسنادrélativité des rattachements.فالمشرع الوطني-أي مشرع - حين يضع قاعدة إسناد ولتكن الجنسية مثلاً، لتعيين قانون معين، فهو يفعل ذلك لأنه يرى في هذا القانون الأنسب بنظره لحكم المسألة المطروحة . علي أن هذا الحكم الذي يقيمه المشرع الوطني- على هذا النحو- ليست له صفة الإطلاق ، إذ قد يرى غيره أن الأنسب هو تطبيق قانون موطن الشخص لا قانون جنسيته . ومن هذا المنظور يمكن أن نقرر أنه متى لم تكن ضوابط الإسناد الوطنية ضوابط مطلقة فإن المنطق يقتضي في بعض الظروف وبالنسبة لبعض الحالات ، وصولاً إلي تنظيم أمثل للعلاقات ذات الطابع الدولي ، أن يترك ضابط الإسناد في قانون القاضي المكان لضابط الإسناد في القانون المختار متى كان هذا الأخير ذاته مقبولاً دولياً لكونه على اتصال بالعلاقة ويحقق الغاية التي تسعى إليها قاعدة الإسنادالوطنية ببلوغ نتيجة هي الأفضل في شأن المسألة المطروحة[3]

(١) في هذا المعنى الأستاذ فايز الحاج شاهين ، رسالة ، فقرة ٢١٨ ص ٢١٥ - ٢١٦ .

(٢) فايز الحاج شاهين ، المرجع السابق ، رسالة ، فقرة ٢١٨ ص ٢١٥ - ٢١٦ .

(٣) الدكتور سامي منصور ، المرجع السابق ، فقرة ٣٩١ ص ٦١٥ - ٦١٦ والمراجع المشار إليها فيه .

وترتيباً على ذلك، إذا عينت قاعدة الإسناد الوطنية قانوناً أجنبياًبوصفه قانون الجنسية في خصوص مسألة من مسائل الأحوال الشخصية ، وكانت قاعدة الإسناد في هذا القانون تشير إلى تطبق قانون الموطن نزولاً علي اعتبارات مستمدة من فكرة الواقعية فقد يكون من الملائم إعمال الأحكام الموضوعية في هذا القانون ، سواء أكان هو قانون القاضي أم قانون آخر أجنبي أعطي الاختصاص الموضوعي لنفسه(١) .

- أما إذا كان قانون الموطن المحال إليه لا يقبل الاختصاص (الإحالة من الدرجة الثانية) وأحال مرة أخرى إلى قانون الجنسية ، وهو ما يسمى بالإحالة " في حالة رجوع إلى الوراء " ، فلا مناص من تطبيق القانون الذي حددته ابتداء قاعدة الإسناد الوطنية .

أمثلة تظهر فائدة الإحالة في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد :

١ - قد يكون في الإحالة " ترشيدا " لإعمال قاعدة الإسناد وضبط مسارها في ظروف معينة : خذ على ذلك مثالاً نص المادة ٢/١٣ من القانون المدني المصري (المقابلة لنص المادة ٢/١٣ أيضاً من قانون المعاملات المدنية الإماراتي) الذي يقول: " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى " . والبادي من هذا النص أن المشرع المصري قد صاغ قاعدتين أولاهما خاصة بالطلاق ،وهي تعقد الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى . وثانيهما خاصة

(١) انظر في هذا الحل في القانون الفرنسي *Audi* ، المرجع السابق ، فقرة ، ٢٢٢ ص ١٨٧ - ١٨٨ .
هذا المسلك أخذت به اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ الخاصة بتنظيم التنازع بين قانون الجنسية وقانون الموطن عندما أخذت بالإحالة من قانون الجنسية إلى قانون الموطن وليس العكس .

بالتطليق والانفصال وتقضي بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

والحق أن هذا الحل الذي قننه المشرعان المصري والإماراتي ليس بمنجى من النقد والتجريح. فانفراد قانون الزوج وقت الطلاق أو التطليق أو الانفصال بحكم هذه المسائل مجروح من أكثر من وجه. " ويأتي عيب انفراد هذا القانون بالحكم من ناحية كون الزواج رابطة ما بين طرفين تنشأ وفقاً لقانونيهما ، والواجب ألا تنحل هذه الرابطة إلا وفقاً لحكم قانون يجمع الطرفين، أو لقانون يكون الطرفان متبصرين به إن لم يخضعا معاً لقانون واحد، وهذا هو ما أخذت به اتفاقية لاهاي الخاصة بالتطليق والانفصال حيث تقضي المادة الثامنة بأنه " إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد السابقة (وهي المواد الخاصة بالتطليق والانفصال) أنه هو قانون جنسيتهما". وهو أيضاً ما أخذ به القانون اليوناني حيث تقضي المادة ١٦ من التقنين المدني بأن " يسري على التطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل رفع الدعوى ، فإذا لم توجد هذه الجنسية طبق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج " [(١)] .

وفي ضوء ما تقدم نسوق المثال التالي باحثين عما إذا كان يمكن للإحالة أن تصحح في بعض الفروض مسار قاعدة الإسناد المصرية :

زوجان أجنبيان أبرما زواجهما وفقاً لقانون جنسيتهما المشتركة الذي يحظر الطلاق. في تاريخ لاحق على الزواج طلب الزوج أمام القضاء المصري تطليق زوجته وفقاً لقانون جنسيته الجديدة التي اكتسبها وحده دون زوجته فاقدا بذلك جنسيته القديمة التي ما تزال الزوجة تحملها. بطبيعة الحال

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ٩٩

القاضي المصري سوف يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، وهو قانون يجيز له ذلك . فإذا افترضنا أن قاعدة الإسناد في قانون جنسية الزوج تعقد الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج أو لقانون جنسية الزوج وقت الزواج ، فلا شك أن في إعمال هذا الحل ما من شأنه أن يصحح مسار قاعدة الإسناد المصرية ، ذلك أنه حل يحقق أملاً عزيزاً تمناه الفقه المصري المعتمد منتقدا الحل الذي أخذ به مشرعه الوطني بقوله إن " تطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين يحقق وحده القانون الذي يحل رابطة انعقدت وفقاً لقانون الطرفين ، كما أن تطبيق قانون الزوج وقد انعقاد الزواج في حالة عدم وجود الجنسية المشتركة ،فيه تبصرة كافية لكل من الطرفين بالقانون الذي يحل هذه الرابطة . أما إخضاع الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق واخضاع التطليق والانفصال لقانون الزوج وقت رفع الدعوى فمن شأنه أن يجعل رابطة الزوجين تنحل وفقاً لقانون لا تخضع له الزوجة ولم يكن في وسعها التبصر به وقت انعقاد الزواج . ويظهر الحرج في مركز الزوجة إذا تغيرت جنسية الزوج ما بين وقت الزواج ووقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى ، ولم تدخل هي في جنسيته ، وكان قانون الزوج وقت الزواج يجيز الطلاق والتطليق في حين أن قانونه وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى لا يجيز الطلاق أو التطليق ،أو أن يتحقق العكس فيكون قانونه وقت الزواج لا يجيز الطلاق أو التطليق ، ويكون قانون جنسيته الجديدة وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى يجيزه "[1].

٢- في خصوص الالتزامات المصرفية مثلاً قد تكون الإحالة مفيدة إلى درجة

(١) الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة ٩٩ ص ٣٠٩ .

بعيدة لما لهذه الإلتزامات من خصوصية تنفرد بها [1].

مثلاً، نحن نعلم أنه يلزم فيمن يوقع على الورقة التجارية أن يكون أهلاً للالتزام الصرفي أياً كانت الصفة التي وقّع بمقتضاها ، ساحبا كان أو قابلاً أو مظَهراً أو ضامنا احتياطياً أو قابلاً بالواسطة . فإذا تصورنا أن ورقة تجارية مستحقة الوفاء في مصر وثار نزاع بشأنها أمام القضاء المصري دفع على أثره الملتزم بنقض أهليته، وهو قانون جنسيته الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد المصرية (م ١/١١ مدني). وبالنظر إلى أن المشرع المصري يرفض الإحالة فسوف يعمل القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق مقرراً بطلان الالتزام الصّرفي . فلو قُدِر وكانت دولة الملتزم صرفياً من الدول الموقعة على اتفاقيات جنيف لسنة ١٩٣٠ و ١٩٣١ (الخاصة بالكمبيالة والسند الإذني والشيك) وكانت هذه الدولة تخضع أهلية الشخص للالتزام بمقتضى كمبيالة أو سند إذني (أو شيك) - وعندما يكون هذا الالتزام باطلاً وفقاً لقانون جنسيته - لقانون الدولة التي تحررت فيها الورقة التجارية (دولة نشوء الالتزام الصرفي)، متى كان هذا القانون الأخير يعتبر الملتزم كامل الأهلية ، والتصرف - من ثم - صحيحاً . البيّن لو أن القاضي المصري أخذ بالإحالة واعتد بقانون محل نشوء الالتزام الصرفي لانْتَهى به الأمر إلى اعتبار الالتزام الصرفي صحيحاً . هذا الحل توجب الأخذ به طبيعة الالتزامات الصرفية والغاية التي من أجلها نظم المشرع الأوراق التجارية في القانون الداخلي . فالأخذ به ييسر تداول الأوراق التجارية ويضمن سرعة انتقالها ويحمي الحامل الأخير للورقة الذي يكون من الميسور عليه أن يعرف القانون الذي يحكم أهلية الشخص

(١) راجع في دراسة تفصيلية تحليلية مؤلفنا في تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، ص ١٠٨ وما بعدها ، والاتجاهات الحديثة في مشكلة " تنازع " الجنسيات ، المرجع السابق ، ص ٩٧ وما بعدها .

وفقاً لقانون محل إبرام التصرف ، بعكس الوضع بالنسبة لقانون الجنسية [1] .

د - لا إحالة فيما لو كان مناط الإسناد هو قانون الإرادة :

إذا اختار المتعاقدان قانوناً معيناً ليحكم عقدهما طبقا لقاعدة الإسناد المتضمنة في المادة ١٩ مدني مصري (المطابقة للمادة ١٩ م.م.أ) ، فإن الفهم الواعي للأمور في ضوء الغاية من قاعدة الإسناد ذاتها ، يمكن أن يصاغ محتواه على النحو الآتي : إن المقصود بقانون الإرادة -الصريحة أو الضمنية- هو الأحكام الموضوعية في القانون المختار وأنه لا مجال للأخذ بالإحالة في هذا الفرض . وسبب ذلك جلي لا يخفي على فطنة ناظر . فأطراف العلاقة حينما يختارون قانوناً ليحكم عقدهم فالمفترض أنهم يعرفون هذا القانون وأنهم اختاروه ثقة منهم في أنه الأقدر على حسم المنازعات التي قد تثور بخصوص علاقتهم . فهو إذن قانون يحقق مصالحهم ويحقق مصالح التجارة الدولية يثق فيه الأفراد وفي ملاءمته لحكم علاقتهم[2] . فالمتأمل يلحظ أن قاعدة قانون الإرادة هي قاعدة إسناد لها جانب موضوعي، بمعنى أنها ترمي إلى تحقيق غاية مادية معينة[3] . ولو كان أطراف العقد يريدون اختيار القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد في القانون المختار من قِبَلِهم لاختاروا هذا القانون مباشرة بمقتضى قانون الإرادة [4] . والقول بغير هذا قول يفتقد إلى الواقعية

---

(١) راجع في دراسة تفصيلية تحليلية مؤلفنا في تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، ص ١٠٨ وما بعدها ، والاتجاهات الحديثة في مشكلة " تنازع " الجنسيات ، المرجع السابق ، ص ٩٧ وما بعدها .

(٢) راجع في دراسة مفصلة لقانون الإرادة مؤلفنا في قانون العمليات المصرفية الدولية - دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية - دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٤، ص ١٣وما بعدها .

(٣) مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٧٠٢ ص٤٤٢ ، وقارن مع مدام ديبي جيرار في رسالتها بعنوان :
Le role de la régle de conflit dans le reglement des rapports internationaux, Dalloz 1973 , no 320 .

(٤) علماً بأن الحل لن يكون مختلفاً لجريان العمل في إجماع وتواتر عند سائر التشريعات على إخضاع العقود لقانون الإرادة . إقرأ وقارن أرمنجون ، الوجيز - الجزء الأول ، فقرة ١٩٦ ، فوييه وهولو ودولابراديل ، فقرة ٤٩٥ ص ٢٤٩.

ويغتال الحكمة التي وضعت من أجلها قاعدة الإسناد متمثلة في احترام توقعات أطراف العلاقة وحماية مصالحهم .

هكذا نستطيع أن نقرر عدم ملاءمة الإحالة في شأن قاعدة قانون الإرادة ، فذلك هو الذي تفضي إليه الغاية من قاعدة الإسناد في هذا الصدد . على أنه لما كانت التشريعات تجري في إجماع على إخضاع العقود لقانون الإرادة ، فإن الحل سيكون واحداً وهو تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار حتى ولو قلنا بقبول الإحالة في هذا الشأن(1) . والظاهر أن هذه الاعتبارات لم تكن غائبة عن اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود ، ولذلك استبعدت المادة ١٥ منها الإحالة صراحة .

تبقى مسألة تحتاج إلى تأكيد مفادها أن الحكم المتقدم يسري في الفرض حيث يختار أطراف العقد قانوناً معيناً ليحكم علاقتهم ، سواء أكان الاختيار صريحاً أم ضمنياً متى أمكن قراءة هذه الإرادة الضمنية بصورة مؤكدة (2) . لكن ما الحكم إذا لم يكن هناك اختيار بالمرة ؟

- الفرض حيث لا يكون هناك اختيار صريحاً كان أم ضمنياً :

في هذا الفرض نكون إزاء وضع يتخلف فيه قانون الإرادة ، فلا توجد ثمة إرادة معلنة ، كما لم يستطع القاضي الباحث في المسألة أن يقف على الإرادة غير المعلنة. في هذه الحالة ثمة مناهج مختلفة للإسناد تقوم على أساس << التركيز الموضوعي >> للعلاقة ، سواء أكان هذا التركيز قضائيا أم تشريعيا . ويمكن للباحث أن يجمع

---

(1) في هذا المعنى ، باتيفول ولاجارد ، ص ٥٠٩ ، برنارد أودي ، فقرة ٢٢٤ ، مايير ، فقرة ٧٣ ، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، هولو وفوييه ودو لابراديل ، فقرة ٤٩٥ وما بعدها .

(2) راجع فيما ذهبنا إليه في الفقه المصري من ضرورة أن تكون الإرادة الضمنية مؤكدة والسند القانوني لقولنا ، مؤلفنا قانون العمليات المصرفية الدولية المرجع السابق ، ص ٤٠ وما بعدها .

عمليات التركيز هذه في إطار منهجين :

المنهج الأول : وهو إتجاه تشريعي يقوم فيه المشرع بنفسه بعملية التركيز الموضوعية للرابطة عند تخلف قانون الإرادة محدداً بصورة آمرة القانون الواجب تطبيقه . هذا المذهب مأخوذ به عند العديد من التشريعات العربية من بينها القانون المصري (م ١٩ مدني) والإماراتي (١٩ ق.م.م) حيث يقضي هذا القانون - في هذا الفرض - بتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إن إتحدا موطناً ، وإلا فقانون محل إبرام العقد إن اختلفا موطناً .

ويوصف هذا المنهج بأنه " عام وجامد " . فهو عام يسري بالنسبة لكافة العقود دون تمييز بينها ودون نظر لما يتسم به كل منها من طبيعة خاصة . فهو يسري إن طبق على إطلاقه دون تمييز بين عقد العمل على حظورته وعقد إيجار منقول من المنقولات المادية مع ما بين الإثنين من فوارق وأهمية . إن هذا المنهج يفترض أن مركز الثقل في كافة العقود هو دائماً أبداً في الموطن المشترك للمتعاقدين وإلا ففي الدولة التي أبرم فيها العقد . وتلك مفترضات كثيراً ما لا تصدق وبصفة خاصة بالنسبة لمحل الإبرام الذي غالباً ما يكون عرضياً وليد الصدفة .

ولعل هذه المعايب هي التي دفعت الفقه المصري في مجموعه إلى القول بأن ضابط الإسناد المقرر في المادة ١٩ لا يسري في شأن كافة العقود . فالجمود والإطلاق في هذه الضوابط التي وضعها المشرع أمر من شأنه أن يَصِمَ هذه الضوابط المحددة سلفاً بالقصور وعدم الواقعية وعجزها عن تحقيق الغاية التي ترمي إليها القاعدة ذاتها .

<u>في ضوء ما تقدم يمكن للباحث أن يقرر الحكم الآتي</u> : لما كان ضابط الإسناد المحددسلفاً من قبل المشرع قد يبدو غير ملائم في بعض الفروض، فإنه يجب

التنسيق بينه وبين قاعدة التنازع في القانون المُعيَّن لحكم العقد . مثلاً، إذا لم يختر أطراف العلاقة قانوناً معيناً لحكمها ، ولم يكن موطن الطرفين واحداً فإن القاضي المصري أو الإماراتي سوف يطبق قانون محل إبرام العقد، أي القواعد الموضوعية في الدولة التي أبرم العقد فيها. وقد يعِّن للقاضي -في ظروف معينة خاصة بعقد من العقود- أن هذا القانون غير ملائم ساقته الصدفة ولا يحقق الغاية من الضابط بل ويعجز عن تنظيم العلاقة. عند ذاك قد يكون في الأخذ بالإحالة والرجوع إلى قواعد الإسناد في هذا القانون (قانون محل إبرام التصرف) مايحقق مصالح الأطراف ويحمي توقعاتهم[1]. فقد تشير قاعدة الإسناد في دولة الإبرام إلي تطبيق قانون دولة تنفيذ العقد (الذي يعقد الاختصاص لنفسه) ، سواء أتمت الإحالة إلى قانون القاضي أم إلى قانون دولة ثالثة . تطبيق قانون دولة التنفيذ الذي وصلنا إليه من خلال الإحالة قد يكون حلاً نموذجياً بالنسبة لبعض التصرفات مثل الأوراق التجارية [2] ومثل عقد العمل . يشهد بسلامة التحليل الذي نقول به أن الفقه المعتمد في مصر يذهب إلى ضرورة " تطبيق قانون الدولة التي يجري فيها تنفيذ العمل في جميع الحالات، أي سواء بالنسبة للجانب التنظيمي أم بالنسبة للجانب غير التنظيمي، وسواء كان تنفيذ العمل في مصر أم في الخارج ، إذ أن من شأن هذه القاعدة كفالة وحدة القانون المطبق على عقد العمل "[3].

وهكذا قد تبدو الإحالة بوصفها أداة نموذجية لتحقيق التناسق والتعاون مع قاعدة الإسناد الأجنبية لبلوغ أهداف وغايات عزيزة قد تعجز قاعدة الإسناد الوطنية وحدها في صورتها العامة المجردة عن بلوغها . وعليه فإنه يمكن بذلك أن نصل في بعض الفروض عبر " الإحالة " إلي بلوغ حلول نموذجية نحن في حاجة إليها في إطار

---

(١) في هذا المعنى ، برنار أودي ، القانون الدولي الخاص ، فقرة ٢٢٤ ص ١٨٩ .

(٢) راجع مؤلفنا في تنازع القوانين في الأوراق التجارية ، ص ١٥٧ ومابعدها .

(٣) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

العلاقات الخاصة الدولية وهو الأمر الذي قد يغني في هذه الحالات عن خلق قاعدة إسناد جديدة تلائم العلاقة المطروحة والتي يبدو فيها واضحاً عجز قاعدة الإسناد المندرجة تحتها فرضاً عن تحقيق الحماية المرغوب فيها .

المنهج الثاني : وفيه يضطلع القاضي بنفسه بعملية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عبر مسالك مختلفة : تركيز الرابطة العقدية تركيزاً موضوعياً، أو تطبيق أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة، أو تطبيق قانون المدين بالأداء المميز في العقد(١) .

الفرض الطبيعي في هذا المنهج أن القانون الذي تم تعيينه هو أكثر القوانين إتصالا وإرتباطا بالعلاقة ، الأمر الذي يعني استبعاد الإحالة عند ذاك . والقول بغير ذلك قد يؤدي إلى نتيجة شاذة : أن نقبل الإحالة من قانون الدولة الأكثر والأوثق إتصالاً بالعلاقة العقدية إلى قانون آخر أقل إرتباطا أو صلة بها (٢).

هـ - إخضاع شكل التصرف لقانون محل الإبرام ومدى اللجوء للإحالة المصححة : Validant :

يجري العمل في التشريعات المقارنة على إخضاع شكل التصرف لقانون محل إبرامه وذلك بقصد التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد . فوق أن في إعمال هذا الحل احتراماً لتوقعات الأطراف وتيسير إبرام العقود الدولية .

والسؤال : هل يمكن اللجوء للإحالة في مثل هذه الحالة ؟ في تقديرنا أن الحل قد يتباين من حالة لأخرى بحسب الغاية التي ترمي إليها قاعدة الإسناد. فالرغبة في

(١) في تفصيلات هذه المسائل وتقديرها ، مؤلفنا في قانون العمليات المصرفية الدولية ، ص ٥٧ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى ، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٨ ص ٢٢٣ ، Audit ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٤ ص ١٨٩ وفي عكس ذلك ، ديبي جيرار ، رسالة فقرة ٣٣٤ وما بعدها ؛ وقارن مع هولووفوبيه ودولابراديل ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٦ ، ص ٣٤٩ - ٣٥٠ .

التيسير على المتعاقدين يجب أن توجه الحل الذي يجب اعتناقه. وعليه إذا كان التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية وفقاً للقواعد الموضوعية في محل الإبرام فلا محل للأخذ بالاحالة إذ أن الغاية من القاعدة قد تحققت على نحو ما أراده لها المشرع بوضع قاعدة الإسناد هذه .

أما إذا لم تتحقق الغاية المرجوة من القاعدة بأن كان التصرف باطلاً وفقاً للقواعد الموضوعية في قانون دولة إبرام التصرف،وكانت قاعدة الإسناد في هذا القانون تحيل إلى قانون أخر(القانون الذي يحكم موضوع العلاقة أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين) يعتبر العلاقة صحيحة وفقاً لأحكامه الموضوعية، سواء أكان قانون القاضي أم قانون آخر أجنبي،فإن الأخذ بالإحالة عندئذ يكون أمراً مقبولاً وله مايبرره. وهكذا تبدو الإحالة بوصفها طريقاً يساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد الوطنية هدفها في بعض فروض تبدو عاجزة فيها عن بلوغ هذا الهدف العزيز[1] .

هذا ، ويجب أن نلاحظ هنا أن التحليل المتقدم يفترض أن محل إبرام التصرف يحكم شكل التصرف القانوني بوصفه ضابط الإسناد الوحيد . وخصوصية هذا الوضع تختلف عن الفرض حيث تتضمن قاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرف أكثر من ضابط وهو ما نعرض له .

الفرض حيث يتعلق الأمر بقاعدة إسناد ذات صبغة موضوعية أو مادية:

هناك حالات متعددة يرصد فيها المشرع الوطني أكثر من ضابط إسناد لحكم

(١) في هذا المعنى في الفقه الفرنسي ، باتيفول ولاجارد ، ص ٥٠٨ وهامش (٦) من ذات الصفحة والطبعة الثامنة ١٩٩٣) وبذلك يكون الفقيهان الكبيران قد عدلا عما سطراه في الطبعات السابقة ، هولو وفوييه ودولابراديل ، فقرة ٤٩٧ ص ٢٥٠، *Audit* ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٣ ص ١٨٨، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢١ ص ٢٢٤. وانظر في تطبيق مباشر للإحالة من الدرجة الثانية ، نقض فرنسي ١٥ يونيه ١٩٨٢ ، المجلة الإنتقادية ١٩٨٣، ص ٣٠٠ مع تعليق *clunet,Bischoff* ١٩٨٣، ص ٥٩٥ مع تعليق*Lehmann* دالوز ١٩٨٣ ص ٤٣١ مع تعليق *Agostini* . وفيه قبلت المحكمة العليا في خصوص مسألة متعلقة بشكل الزواج ، الإحالة من القانون الإيطالي على القانون السوري .

المسألة الواحدة قاصدا بذلك تحقيق نتيجة مادية معينة هي صحة العلاقة المبرمة . والحال كذلك ، فإن القاضي يطبق هذه الضوابط بطريقة اختيارية بحيث يكفي تحت بصره أن تكون العلاقة صحيحة مثلاً وفقاً لأي من القوانين المشار إليها بمقتضى ضابط من الضوابط المتعددة .

خذ على ذلك مثالاً الحكم الوارد في المادة ٢٠ مدني مصري والذي بمقتضاه اخضع المشرع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إبرامها ، أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ، أو قانون الموطن المشترك للمتعاقين أو قانون جنسيتهما المشتركة . فيكفي أن يكون التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية وفقاً لأي من هذه القوانين التي حددها المشرع ولو كان باطلاً وفقاً للقوانين الأخرى . ومثل هذه القاعدة توصف بأنها قاعدة ذات طابع موضوعي ترمي إلى تحقيق نتيجة معينة . بعبارة أخرى ، المضمون الموضوعي للحل هو أمر محل اعتبار تحت نظر واضع القاعدة سواء أكان المشرع أم القاضي . والسؤال الآن : هل ثمة محل للأخذ بالإحالة فيما لو تعلق الأمر بتطبيق قاعدة ذات طابع اختياري من النوع المتقدم ؟

يبدو لنا من الناحية العملية أن اللجوء للإحالة في مثل هذا الفرض قد لا يعرض . السبب في ذلك بسيط : نحن بصدد قاعدة اختيارية تفتح المجال واسعاً أمام تطبيق أكثر من قانون ويكفي أن يكون التصرف صحيحاً وفقاً لاحداها . وكلما تعددت القوانين التي يرصدها المشرع والتي يكون التصرف صحيحاً إن وافق واحداً منها ولو كان باطلاً بالنسبة لغيره ، كانت الحاجة إلى الإحالة قليلة الأهمية والعكس صحيح عندما يقل عدد القوانين التي يطبقها القاضي بطريقة اختيارية .

ومع ذلك فإن الأساس النظري الذي تبنى عليه الإحالة أخذاً أو رفضاً قد يسمح - حتى في هذا الفرض - بالأخذ بالإحالة . وعلى ذلك ، فإنه يمكن الأخذ بالإحالة في رأينا - مع تعذر تصور المسألة عملاً - فيما لو كانت العلاقة باطلة وفقاً

للقواعد الموضوعية في مختلف القوانين التي وضعها المشرع تاركاً للقاضي تطبيقها بصورة اختيارية ، وكانت قواعد الإسناد في أي من هذه القوانين تعقد الاختصاص لقانون يصحح العلاقة[1] .

من باب الايضاح والتيسير نأخذ مرة أخرى القاعدة المنصوص عليها في المادة ٢٠ من القانون المدني المصري والتي وفقاً لها يكون التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية إذا جاء كذلك وفقاً لقانون بلد الإبرام ، أو القانون الذي يحكم العقد من الناحية الموضوعية أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون جنسيتهما المشتركة. فإذا ثار نزاع أمام القاضي المصري فيجب عليه أن يتأكد من أنه متي صادف التصرف في صحته واحداً من هذه القوانين المذكورة كان التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية . والحل الذي يصل إليه القاضي عند ذاك لا يكون وليد إحالة من أحد هذه القوانين على الآخر. أبداً. إن القاضي بصدد قاعدة إسناد أشارت إلى عدة ضوابط اختيارية ، إن لم يكن هذا فذاك، وهكذا حتى يستنفد مراجعة القوانين المتاح له الاختيار بينها . فإن فرغ من مراجعة المضمون الموضوعي لهذه الضوابط وانتهى إلى أنها جميعاً تبطل العلاقة من الناحية الشكلية كان عليه أن يعيد أوراقه بحثاً عما قد تسفر عنه الإحالة . وعلى ذلك يمكن الأخذ بالإحالة فيما لو كانت العلاقة باطلة ، وفقاً للقواعد الموضوعية المقررة في مختلف القوانين التي أشارت إليها قاعدة الإسناد متعددة الضوابط ، متى كانت قاعدة الإسناد في أي من هذه القوانين تحيل على قانون آخر - قانون القاضي أو غيره - يجعل العلاقة صحيحة . الفرض عملاً صعب التحقيق، لكن الهدف النهائي لقاعدة الإسناد لا يلفظه وفق الإطار العام الذي انتهجناه في هذه الدراسة التحليلية .

---

(١) في هذا المعنى ، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢١ ص ٢٢٤ - ٢٢٥ ، وقارن مع هولو وفوييه ودولابراديل ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٨ ص ٢٥٠ .

و - كيفية التغلب على الصعوبات الواقعية التي تعوق إعمال الإحالة :

أولاً: الإحالة وتعذر الوقوف على مضمون القانون الأجنبي :

إعمال الإحالة يفترض بداهة أن القاضي الوطني - المصري أو غيره - على معرفة بالقانون الذي عينته قاعدة الإسناد الأجنبية ، أي القانون المحال إليه ، وأن من الميسور إعمال هذا القانون . على أن الأمور لا تمضي بهذه البساطة . وفي هذا الشأن يمكن أن نتصور الفرضين الآتيين :

أ - تعذر الوقوف على مضمون القانون المحال إليه :

لفهم هذه المسألة نطرح المثال الآتي : أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي (الفرنسي مثلاً) ، فإذا أحالت قواعد الإسناد في هذا القانون إلى قانون دولة ثالثة (الإيطالي مثلاً) قَبِل الاختصاص لنفسه بمقتضى قواعد الإسناد فيه، فإن ثمة مشكلة قد تعرض : ماذا لو تعذر على القاضي الوطني أن يقف على مضمون القانون الأجنبي ؟ المشكلة تثور كذلك فيما لو كان القانون المحال إليه مخالفاً للنظام العام والآداب في دولة القاضي .

يبدو لنا أنه يجب في هذه الحالة وتلك الاعراض عن الإحالة وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية مباشرة[1] . فهذا الحل هو الذي يتفق والمبدأ الذي قررنا وهو أن الأصل تطبيق القانون الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية . وهذا الحل يكون هو الأفضل ويتفق ووظيفة قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص . وقد يقول قائل بضرورة الرجوع إلى أحكام قانون القاضي بما له من دور احتياطي . بيد أننا نرجح إعمال الحل الأول ولا نرجع لقانون

(١) في هذا الإتجاه في فرنسا ، مايير المرجع السابق ، فقرة ٢٣٧ ص ١٥٦ .

القاضي إلاَّ إذا تعذر الوقوف على مضمون القواعد الموضوعية في القانون الذي تحدد اختصاصه بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية .

ب - الإحالة ومنهجية " القانون الخاص بالعلاقة " :

الفرض في هذه الحالة أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية - في الدولة التي تقبل الإحالة - إلى قانون أجنبي تشير قواعد الإسناد فيه إلى تطبيق قانون دولة ثالثة تأخذ بما يُسمى " بالقانون الخاص بالعلاقة "La proper Law . في هذا الفرض يصادف القاضي صعوبة عملية بالغة التعقيد قد تعجزه عن إعمال الإحالة . ذلك أن إعمالها يفترض بداهة معرفة يقينية بالقانون الذي تحدده قاعدة التنازع الأجنبية. وإذا كان من شأن منهجية " القانون الخاص بالعلاقة " التضحية بمبدأ توقع الحلول، فإن من شأن هذه المنهجية أن يجد القاضي الوطني نفسه في وضع يتعذر عليه فيه أن يعرف ما إذا كان القانون الأجنبي يقبل الإختصاص أم يرفضه، وما إذا كان من ثم يأخذ بالإحالة أم لا [1].

والذي نراه في هذه الحالة أنه لما كان أساس منهجية " القانون الخاص بالعلاقة " هو قيام القاضي - بالنظر إلى كل حالة على حدة - بالبحث عن أكثر القوانين إتصالا بالعلاقة أو المركز المطروح، فإن المسألة لها فرضان :

- أن يقف القاضي الناظر في المنازعة على القانون الخاص بالعلاقة فيطبقه مباشرة بحسبان أنه أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة وأقدرها على حكمها . والبحث عن غيره يعني في الواقع : هجر الأكثر صلة بالعلاقة أو المركز القانوني والبحث عن الأقل صلة وهذا أمر تلفظه الغاية من قواعد الإسناد ذاتها .
- ألا يستطيع القاضي الكشف عن " القانون الخاص بالعلاقة " . في هذه

(١) لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٧ ص ٢٢٢ وعندهما طرح للمشكلة دون مناقشتها ورصد حل لها .

الحالة يجب تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية .

ثانياً : الإحالة ومسألة الحلقة المفرغة وكيفية الخروج منها :

الإحالة من الدرجة الأولى ، أي لقانون القاضي لا تثير عناء ، ويكون على القاضي الإماراتي أو المصري فيما لو أخذ بها أن يطبق القواعد الموضوعية في قانونه مباشرة . وهذا الحل قننه صراحة قانون المعاملات المدنية الإماراتي (م ٢/٢٦) كما رأينا .

والمشكلة التي ركز عليها ناقدوا الإحالة ورأو فيها الحجة القاطعة على فساد الإحالة وعدم منطقيتها ومن ثم هجرها ، هي مشكلة " الحلقة المفرغة " التي تؤدي إليها . خذ فرضاً لا يكف ناقدوا الإحالة عن ذكره ذلك المتعلق بالحالة الشخصية لإنجليزي متوطن في المانيا ويثار النزاع أمام القاضي الفرنسي . قاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى القانون الإنجليزي (قانون الجنسية) الذي يحيل إلى القانون الألماني (قانون الموطن)، الذي يعاود الإحالة إلى القانون الإنجليزي (قانون الجنسية) وهكذا دواليك .

في إطار المنهج التحليلي القائم على بحث الغاية من قاعدة الإسناد ووظيفتها والنظر إليها في إطار من روح التنسيق بينها وبين قاعدة (أو قواعد) الإسناد الأجنبية ، ما هو السبيل الذي يمكن أن تنغلق معه هذه الدائرة المفتوحة لنقف عند حد معين ؟ بعبارة أخرى ، إذا تعلق الأمر باحالة من الدرجة الثانية وكان القانون الأجنبي المحال إليه لا يعقد الاختصاص للقواعد الموضوعية فيه وإنما يستمر في رفض الاختصاص والإحالة لقانون آخر، فأين يجب أن نقف لنخرج من هذه الحلقة المفرغة ؟ بعبارة أخرى : ماالحكم في حالة استمرار الإحالة وتتابعها ؟

يذهب خصوم الإحالة كما رأينا إلى أنه قد يكون من العسير، إن لم يكن من المستحيل ، إجراء الإحالة من الدرجة الثانية . فقد تتابع الإحالة وتستمر دون توقف الأمرالذي يترتب عليه أن يطوف القاضي قوانين الأرض دون أن يجد من بينها قانوناً يقبل الإحالة إليه .

والواقع من الأمر أن تتابع الإحالات وتعاقبها دون توقف عند حد معين من دولة إلى أخرى هو محض تصور نظري يَعِّزُ أن يصادف في الحقيقة تطبيقاً ، لسبب بسيط هو أن ضوابط الإسناد الخاصة بمركز قانوني معين عادة ما تكون محدودة ومحصورة [(1)]. والحال كذلك، فالأمر منتهٍ ولابد عند تعاقب الإحالات بوجود قانون يقبل الاختصاص المحال إليه من قانون آخر .

في ضوء هذه الملحوظة المبدئية يمكن أن نتمثل الفروض الآتية :

١- أن يقبل القانون المحال إليه الاختصاص بحكم المسألة القانونية المطروحة كنتيجة للمماثلة أو التطابق بين قاعدة الإسناد في القانونين المحيل والمحال إليه :

ويمكن أن ندلل على ذلك بالمثال الذي أعمله القضاء الألماني منذ سنة ١٩١٧ في خصوص منازعة متعلقة بميراث بلجيكي مات في روسيا مخلفا وراءه فيها أموالاً عقارية ومنقولة . قاعدة التنازع الألمانية تعقد الاختصاص في مسائل الميراث للقانون البلجيكي بوصفه قانون جنسية المتوفي . وقاعدة الإسناد البلجيكية تحيل إلى القانون الروسي بوصفه قانون موقع المال ، وقاعدة الإسناد الروسية في هذا الوقت كانت تعقد الاختصاص بدورها للقانون الروسي .

---

(١) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٨ ص ٥٠٢ ، هولو وفوييه ودولابراديل ، رقم ٥١٢ ص ٢٥٥ ، لوسوارن وبوريل فقرة ٢١٦ ص ٢٢٢ ، وفقرة ٢٠٢ ص ٢٠٦ ، مايير ، رقم ٢٢١ ص ١٤٩ . وفي مصر استاذنا الدكتور فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد ، فقرة ١٠٣ ص ١٢١ .

والبـيِّن مـن هذا المثـال أن القـانون الروسي - المحـال إليـه - قـد قـبل الاختصاص بحكم هذا الميراث حيث قد تطابقت قاعدة الإسنادفيه مع قاعدة الإسناد في القانون البلجيكي. ومن هنا لم تتـردد المحكمة الألمانيـة العليـا في إعمال أحكام القانون الروسي الخاص بالميراث على هذه المسألة (١) .

ونعـتـقـد، في مقـام التـقـدير، أن هذا الحل منطقي يترجم غـاية قـاعـدة الإسناد ويحقق تناسقا نموذجياً بين القوانين المتصلة بالعلاقة. فالإحالة هنا، وكما هو بين، أدت إلى تطبيـق قانـون يجسـد أكثر الحلول قبـولاً من الدولة المتصلة بالعلاقة. فلقد أجمع، في هذا المثال، قانونان على اخضاع الميـراث للقـانون الروسي همـا القـانون البلجـيكي والقـانون الروسي ، أمـا القـانون البلجيكي فلم يشر باختصاصه إلاَّ قانون واحد هو القانون الألماني .

٢ - أن يتعاقب تسلسل الإحالات بفعل إرتداد الاختصاص إلى الوراء من أحد القوانين المتعاقبة إلى قانون سبق استشارة قواعد الإسناد فيه :

مـثـال ذلك أن تـثـور أمـام القـاضي المصري منازعـة مـتـعلقـة بأهليـة إنجليـزي مـتـوطن في بلجـيكا. قـاعـدة الإسناد المصرية تعـقـد الإخـتـصـاص للقـانون الإنجليـزي بوصفه قـانون جنسـيـة الشـخص، بينما قـاعـدة الإسناد الإنجليـزية تحـيل إلى القـانون البلجـيكي (قـانون الموطـن) وقـواعـد التنازع في القـانون البلجيكي تحيل إلى القانون الإنجليزي وهكذا دواليك .

واضح أننا بصدد فـرض طريقه مـفـتـوح ، يرتد فـيـه الاخـتـصـاص إلى الوراء إلى قـانون سـبق اسـتـشـارة قـواعد الإسناد فـيـه . والسؤال مـا الحل ؟ نرى أنه يجب البحث عن حل من شأنه أن يحقق النتائج الآتية :

---

(١) انظر هذا القـضـاء مـشـارا إليـه عند باتيـفـول ولاجـارد ، المرج السـابق ص ٥٠١ هامش ١/٣٠٧ والمراجع المشار إليها فيه .

١- إقالة الإحالة من عثرتها والصمود بها في مواجهة نقد لو صح في حقها لربما أدى إلى هدمها من أساسها .

٢- حل يحقق الغاية من قاعدة الإسناد متمثلة في تحقيق التعايش المشترك والتنسيق بين النظم القانونية المتصلة بالعلاقة وصولاً إلى أكثر الحلول تلبية لمصالح التجارة الدولية وحماية المصالح الخاصة للأفراد عبر الحدود .

والسؤال مرة أخرى ما هو الحل الذي يحقق هذه الغايات ؟ ثمة حلان مُتصَوران :

الأول : أن نطبق قانون القاضي المنظور أمامه المنازعة . فطالما أن القوانين المختلفة التي عرض عليها الاختصاص قد رفضته ودخلنا في دائرة العودة مرة أخرى للوراء "reteour en arriér" فيبدو أنه لا مناص من الرجوع إلى قانون القاضي . هذا القول قد يجد هوى عند القائلين بأن هناك قاعدة تنازع احتياطية مؤداها أنه إذا حددت قاعدة التنازع في قانون القاضي قانوناً أجنبياً لحكم النزاع ، وعُرِض الاختصاص عليه ورفضه ، فإن الاختصاص يعود مرة أخرى من حيث رحل إلى قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص العام . على أن مثل هذا الحل غالباً ما يخل بتوقعات الأفراد ، ويناهض تماماً الأساس الذي اعتمدناه لقبول الإحالة أو رفضها وهو البحث عن غاية قاعدة الإسناد ووظيفتها في إطار من التنسيق والتعايش بينها وبين غيرها من قواعد الإسناد الأخرى الأجنبية . والحال كذلك وجب هجره [١] .

الثاني : أن نطبق القواعد الموضوعية في القانون الذي تحدد اختصاصه بداءة

(١) انظر الفقهاء القائلين باعمال قانون القاضي في هذا الفرض ، باتيفول ولاجارد المرجع السابق ، ص ٥٠٢ هامش ٣٠٨/٣ .

بمقتضى قاعدة التنازع في قانون القاضي[1] . وأساس هذا الحل يكمن في الاعتبارات الآتية :

١ - الأصل العام هو أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فإنه يقصد بهذا القانون القواعد الموضوعية فيه . هذا الأصل العام على قاعدة الإسناد الوطنية يسمح بإعمال الإحالة استثناء في فروص متعددة ترجع إلى أن المشرع حين يضع قواعد الإسناد عنده لا ينسق مع غيره . في ظل هذا المسلك الأحادي الجانب قد تأتي قواعده - المنظمة لعلاقات على اتصال بأكثر من قانون - قاصرة في بعض الحالات عن تحقيق الغاية التي تسعى إليها . عند ذاك قد يظهر أن تلك الغاية لا تتأتى إلا على ضوء التنسيق بين قواعد التنازع في القوانين المتصلة بالعلاقة .

ومقتضى ذلك في الجملة ، أن إعمال الإحالة هو استثناء له شروطه ، إن انتفت تعين الرجوع إلى الأصل وهو تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي[2] .

٢ - الأصل العام هو أن القانون الواجب التطبيق متمثلا في القاعدة الموضوعية في القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد يكون على اتصال وثيق بالمسألة المطروحة . فالأصل - كما نعلم - أن ضابط الإسناد مستمد من مركز الثقل في العلاقة .

٣ - إن هذا الحل يعد هو الأفضل إذ يؤدي إلى تحقيق الاتساق القانوني بين الحلول حيث ستتوحد هذه الحلول بين غالبية الدول المتصلة بالعلاقة . إذ لما

---

(١) باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٨ ص ٥٠٢ .

(٢) مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٦ ص ١٥٦ ، باتيفول ولاجارد ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٨ ص ٥٠٢ ، لوسوارن وبوريل ، فقرة ٢١٦ ص ٢٢٢.

كان من المتعذر التوفيق بين سائر الحلول، كان من شأن الحل المقترح أن يؤدي إلى تعيين قانون يكون اختصاصه مقبولاً بواسطة قواعد التنازع في قانون دولتين من بين الدول الثلاثة المرتبطة بالعلاقة[1]. للإيضاح نعاود طرح المثال التالي : إذ أثيرت منازعة أمام القضاء المصري متعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية انجليزي متوطن في بلجيكا، فإن قاعدة التنازع المصرية سوف تحدد قانون جنسية الشخص (القانون الانجليزي)، بينما قاعدة التنازع الانجليزية سوف تحيل إلى قانون الموطن (القانون البلجيكي)، الذي سيحيل بدوره إلى قانون الجنسية (القانون الإنجليزي) .

واضح هنا أن هناك قوانين ثلاثة متصلة بالعلاقة : القانون المصري والقانون الإنجليزي والقانون البلجيكي . قانونان منهما وهما المصري والبلجيكي عقدا الاختصاص لقانون الجنسية الإنجليزي ، بينما القانون الإنجليزي عقد الاختصاص للقانون البلجيكي . وهكذا في الحالات الأخرى المماثلة .

المطلب الرابع

تقدير موقف المشرع المصري ومن على شاكلته

ظهر لنا مما تقدم أن المشرع الإماراتي أخذ بالإحالة من الدرجة الأولي ، بينما المشرع المصري ومعه غالبية التشريعات العربية يرفضون الأخذ بالإحالة بنوعيها ، سواء أكانت لقانون القاضي(الدرجة الأولى) أم لقانون دولة ثالثة (من الدرجة الثانية) . وأبرزنا أن المشرع الإماراتي كان من حيث المبدأ موفقاً وتمنينا عليه لو أنه أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية لا كقاعدة عامة ولكن متى اقتضت ذلك وظيفة

(١) لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، فقرة ٢١٧، ص ٢٢٢ ، مايير ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٦ ص ١٥٦ ، وقارن مع ذلك بما يقول به هولو وفوييه ودولابراديل ، المرجع السابق ، فقرة ٥١٣ ص ٢٥٥ .

قاعدة الإسناد وغايتها في إطار من التعاون والتنسيق بينها وبين قواعد الإسناد الأخرى الأجنبية في القوانين المتصلة بالعلاقة ، أما المشرع المصري فإنه لم يكن موفقاً حين رفض الأخذ بالإحالة بصفة مطلقة . ونعتقد أن ما قدمناه من تحليل من خلال المفهوم الوظيفي لقاعدة الإسناد يشهد لنا بسلامة ما نقول . وإذ كان الفقه المصري في غالبيته قد ناصر المشرع في مسكله[1] ، فإن هذا الموقف -لدى غالبية الفقهاء - مرده إحساسه بأن في الأخذ بالإحالة تعقيداً لمنهجية تنازع القوانين فوق تعقيد تعاني منه سلفاً [2] . ولبيان سلامة وجهة نظرنا نعرض لمناقشة الحجج التي قالت بها المذكرة الإيضاحية للقانون وتلك التي أوردها الفقه المصري .

أولاً : رفض المشرع المصري الأخذ بالإحالة بنوعيها (م ٢٧ مدني) على سند من القول بأن " قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة ، وفي قبول الإحالة أيا كان نظامها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة ".

وقد تلقف البعض هذه الحجة وردوها بقوله" إن الأخذ بالإحالة أياً كان نوعها يتنافى في ذاته مع الحكمة التي يستهدفها المشرع الوطني عادة عند وضعه لقواعد التنازع ، وهي اختيار أكثر القوانين ملاءمة لحل مشاكل الحياة الخاصة الدولية . إذ لو كانت هذه هي حكمة قواعد التنازع فكيف يتسنى تجاهل تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي تشير باختصاصه بدعوى

---

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور ص ١٠٩ ، الدكتور جابر جاد ، فقرة ٢٠٩، الدكتور محمد كمال فهمي، ص ٣٥٣ ، الدكتور هشام صادق فقرة ٥٦ ص ٢٠١ وما بعدها ، الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقي ، ص ٥١ وما بعدها، الدكتور أحمد الهواري ، ص ٨٤ وما بعدها .

(٢) وهذه الحجة قيل بها صراحة في الفقه الفرنسي ، راجع ذلك معروضاً عند Mayer ، المرجع السابق، فقرة ٢٢٩ ص ١٥٣ ، وبها قال صراحة البعض في مصر ، الدكتور أحمد الهواري ، المرجع السابق ، فقرة ٢٢٥ ص ٨٥ حيث يقول " إن الأخذ بالإحالة ليس من شأنه دائماً تحقيق الاتساق القانوني ووحدة الحلول . وبفرض تحقق هذا الهدف فإن ذلك يكون بمقابل باهظ هو زيادة تعقيد منهج الإسناد " .

أن هذا القانون قد فض مشكلة التنازع على نحو آخر "[1] .

نحن لا نشكك في أن قاعدة الإسناد تصدر عن اعتبارات خاصة . هذه المقدمة صحيحة لا غبار عليها . لكن ما ليس بصحيح هو القول بأن في الأخذ بالإحالة " تفويتا لهذه الاعتبارات ". فقد ظهر لنا بجلاء أن قبول الإحالة أو رفضها مستمد من مدى تحقق الاعتبارات الخاصة التي ترمي إليها قاعدة الإسناد. فنحن -كما ذكرنا- بصدد حل وظيفي يأخذ في الحسبان النتائج العملية للإحالة وما إذا كانت تحقق الغاية من قاعدة الإسناد أم لا. والحال كلك فإن الحل يكون كالآتي : تقبل الإحالة إن تحققت مع ذلك الاعتبارات الخاصة التي تقوم عليها قاعدة الإسناد بينما تكون مرفوضة في الفرض العكسي . والأخذ بها أو رفضها ينطلق من اعتبارات أساسها عملية التحليل المنطقي المدرك لوظيفة قاعدة الإسناد وغايتها . وفي ظل هذا الفهم يبدو لنا أن ما قالت به المذكرة الايضاحية للقانون ليس بالقول السديد . فالتبرير ليس دقيقاً والإطلاق غير مقبول .

ثانياً : ويضيف البعض قوله إن المشرع المصري قد أحسن صنعاً برفضه الإحالة ، ذلك أن " منطق الإحالة قد يؤدي إلى الحلقة المفرغة ، ويثير بذلك صعوبات عملية من العسير تلافيها ، كما فإن الإحالة .. تفتقر إلى حد كبير إلى أساس نظري سليم. وإذا كان جانب من الفقه الحديث في بعض الدول ومن بينها فرنسا قد أعلن إيمانه بالإحالة القريبة بصفة خاصة ، وحاول في هذا السبيل أن يتلمس لها سنداً فقهياً سليماً ، فإن مرد ذلك .. هو رغبة هذا الفقه في تبرير الحلول القضائية التي استقرت على الأخذ بالإحالة إلى قانون القاضي "[2] .

(١) الدكتور هشام صادق ، طبعة ١٩٧٤ ، فقرة ٥٣ ص ١٩٢ .

(٢) الدكتور هشام صادق طبعة ١٩٧٤، ص ٢٠٢ .

ونحن من جانبنا لا نتفق مع أصحاب هذه الحجة ، فقد رأينا أن الحجة المقال بها عن أن الإحالة تؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة ، حجة لا تصدق من الناحية العملية لقلة عدد ضوابط الإسناد الخاصة بكل مسألة قانونية من المسائل . فوق ذلك فإنا نعتقد أن ما نقول به من الأخذ بالإحالة أو رفضها إنما يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد ذاتها، يعد-تحت ناظرينا- هو الأساس الفني السليم الذي ترتكن إليه المسألة . ولعل في تواتر القضاء على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى والثانية ما يقطع كل سبيل أمام خصوم الإحالة عندما يقولون بأن القضاء الفرنسي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لأن ذلك يعكس رغبته في تطبيق قانونه الوطني على أساس من اعتبارات مصلحية وحسب .

ثالثاً : يضيف البعض قوله " إن الأخذ بالإحالة قد يكون غير ذي جدوى في كثير من الأحوال ، وقد يكون له آثار ضارة بالنسبة لتوقعات الأفراد في بعض الأحوال الأخرى . فهو عديم الجدوى عندما تتشابه قواعد الإسناد المصرية مع تلك المعمول بها في عدد كبير من الدول كما هو الحال بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية وبالنسبة لنظام الأموال وأشكال التصرفات القانونية . فوحدة قواعد الإسناد في هذه المسائل تؤدي إلى وحدة الحلول بحيث يصبح تقرير الإحالة غير ذي أثر في هذا الصدد. وهو ضار عندما تنطوي الإحالة على الإخلال بتوقعات الأفراد إخلالا صارخاً. وأهم مجال قد يتحقق فيه مثل هذا الإخلال هو مجال الأحوال الشخصية ذلك أن ارتباط مسائل الأحوال الشخصية بالعقائد الدينية يؤدي إلى تعارض الأسس التي تقوم عليها هذه المسائل في الدول المختلفة تعارضاً جذرياً "[1] كما أن من شأن الأخذ بالإحالة الإخلال بتوقعات الأفراد في مجال العقود عندما يكون القانون

(١) الدكتور أحمد الهواري ، المرجع السابق ، ص ٨٥ .

الواجب التطبيق هو قانون الإرادة[1].

ومن غير تكرار لما سبق أن أبرزناه نؤكد أن التحليل الذي قدمناه والأمثلة التي عرضنا لها تظهر بوضوح فساد الحجة المتقدمة بمختلف شجونها . فالارتكان إلى وظيفة قاعدة الإسناد هو المعيار الذي أجريناه في شتى المسائل المتقدمة ، وتكشف لنا بوضوح أن هناك حالات عديدة لا تكون فيها الإحالة مقبولة لتعارض الأخذ بها مع وظيفة قاعدة الإسناد والعكس بالعكس صحيح .

رابعاً : وقد يذهب البعض إلى القول بأن الأخذ بالإحالة بشرط عدم إخلالها الصارخ بتوقعات الأفراد ، أمر من نتيجته خضوع المسألة " لتقدير القاضي فهو الذي يقرر وجود ذلك التعارض الصارخ من عدمه وهو أمر سوف يُختلف فيه من قاض لآخر "، كما أن " استبعاد مسائل الأحوال الشخصية والعقود من مجال الإحالة يضيق من نطاق إعمالها إلى درجة كبيرة "[2].

وهذا الدفع بشقيه لا يصح القول به في هذا المقام. فكيف يُخْشَى من تقدير القاضي عندما يتصدى لبيان ما إذا كان هناك أم لا إخلال صارخ بتوقعات الأفراد للأخذ بالإحالة من عدمه ؟ هل الأمر حِلٌّ من كل قيد ؟ الواقع أنه لا محل لهذا الخوف مطلقاً . فإذا كانت دولة القاضي تأخذ بالإحالة ، فإن القاضي حين يستبعد الأخذ بها احتراماً لتوقعات الأفراد إنما يخضع فيما يقرره من نتيجة إلى رقابة المحكمة العليا بحسبان أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية . كما يكون القاضي ملزماً بطبيعة الحال بأن يسبب قراره عند إعراضه عن الأخذ بها فإن جاء قراره غير مسبب أو فاسد التسبيب خضع لرقابة المحكمة العليا . ولا شك أن في خضوع القضاة لمثل

(١) المرجع السابق ، ص ٨٦ .

(٢) الدكتور بدر الدين عبد المنعم شوقي ، الوسيط ، الجزء الثاني ، ص ٥٢ .

هذه الرقابة صمام أمان تتحقق معه وحدة الحلول ومنع تباين الحكم من قاض لآخر .

أما القول بأن استبعاد مسائل الأحوال الشخصية والعقود من مجال الإحالة من شأنه أن يضيق من نطاق إعمالها إلى درجة كبيرة ، فهو بدوره لا يستقيم . فالحجة بالصياغة التي طرحت بها لا يتصور أن تصدر إلاّ من أنصار الإحالة لا ممن يقولون برفضها ! إلى ذلك فإن أحداً لم يستبعد مسائل الأحوال الشخصية من نطاق الإحالة. فالإحالة يعمل بها في هذه المسائل كما يعمل بها في غيرها متى كان الأخذ بها يتفق ووظيفة قاعدة الإسناد الوطنية ويحترم توقعات الأفراد المشروعة . ولهذا السبب أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة في ميراث المنقولات والعقارات والانفصال الجسماني والبنوة وشكل الزواج[1] . وأخيراً فإن رفض الإحالة في مسائل العقود ليس مطلقاً وإنما له حدوده التي أوردناها ، وهو رفض - إن تحقق - لا يرتكن إلى أساس نظري وإنما يقوم على أساس من التحليل الذي يتمثل دوماً في الغاية من قاعدة الإسناد وما إذا كانت الإحالة والأخذ بها يعطل قاعدة الإسناد أم لا .

المبحث الثالث

الحل الوظيفي في القوانين الوضعية

إن فكرة الحل الوظيفي في نطاق الإحالة هي الفكرة التي يؤيدها جانب كبير من الفقه الحديث في فرنسا[2] ومصر[3] . هذه الفكرة نراها منطقية وسليمة أبرزنا عبر

(١) راجع في هذا القضاء ، هولو وفوبيه ودولابراديل ، المرجع السابق فقرة ٤٧٥ ص ٢٤٢ .

(٢) في فرنسا ، Audit ، القانون الدولي الخاص ، فقرة ٢٢١ وما بعدها ، ص ١٨٦ وما بعدها، مايير ، بصفة خاصة فقرة ٢٢٧ وما بعدها ص ١٥١ ومابعدها ، هولو وفوبيه ودولابراديل ، المرجع السابق ، فقرة ٤٨٧ وما بعدها ، ص ٢٤٦ وما بعدها والمراجع المشار إليها فيه ، لوسوارن وبوريل ، المرجع السابق ، وبصفة خاصة فقرة ١/٢٢١ ص ٢٢٥ ، بل إننا نعتقد أن نظرية باتيفول القائمة على تأسيس الإحالة على أساس فكرة التعايش المشترك بين النظم تندرج في ثوبها الجديد الذي صبغت به في آخر طبعات المؤلف (الطبعة الثانية ١٩٩٣) تندرج تحت هذا المفهوم ، انظر بصفة خاصة فقرة ٣١٠ وما بعدها ، ص ٥٠٤ وما بعدها .

(٣) وانظر في مصر ، الدكتور فؤاد رياض بالاشتراك مع الدكتورة سامية راشد ، الوسيط ، ١٩٩٢، فقرة ١٠٠ وما بعدها ص ١١٨ وما بعدها .

التحليل المتقدم كيفية تشغليها عبر أمثلة واقعية وأخرى صناعية[1] .

كما أن بعض التشريعات قد كرستها صراحة . فلم تشأ أن تقبلها أو ترفضها بالنظر إلى إعتبارات محض نظرية وإنما بالاستناد إلى النتيجة التي تحققها . نذكر من ذلك التشريعين التشيكي والألماني .

فالقانون الدولي الخاص التشيكي لسنة ١٩٦٣ ينص في المادة الخامسة الثلاثين منه على أنه " إذا ما عينت نصوص القانون الدولي التشيكي أو أحالت إلى قانون دولة أخرى فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شأن ذلك الوصول إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع " .

والذي يظهر من هذا النص أن المشرع التشيكي لم يشأ أن يقيد قاضيه بحل معين ولم يشأ أن يفرض عليه أياً من نوعي الإحالة لا بالقبول ولا بالرفض. فالأمر متروك لقاضي الموضوع يأخذ بأي من نوعيها متى تكشف له أن وقائع النزاع المطروح تقتضي ذلك، وأن من شأن الحل الذي يأخذ به تحقيق الحل العادل والمقبول[2].

ويعيب الفقه على هذا الحل ما فيه من ترك الأمر للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي ليأخذ بالإحالة أو يرفضها في ضوء ما يراه محققاً للعدالة بالنظر إلي كل حالة على حدة . وهذا مسلك " يتعارض لا شك مع مسلك القاضي عند تطبيق القاعدة القانونية وفقاً للمباديء العامة . إذ ليس من المقبول أن يطبق القاضي القاعدة القانونية على نحو يختلف من حالة لأخرى حتى ولو كان تحت ستار تحقيق العدالة ، وإنما على القاضي أن يتخذ مسلكاً موضوعياً في تطبيق القاعدة

(١) ويبقى بعد ذلك أنها تحتاج إلى بحث شامل وتأصيل دقيق في دراسة متخصصة تحتاجها المكتبة العربية .

(٢) وهذه المرونة في الإسناد في التشريع التشيكي تعد من خصائصه الأساسية . فتراه مثلاً عند بيانه للقانون الذي يحكم العقد يقرر لكل طائفة من طوائف العقود قاعدة إسناد خاصة بها . راجع نصوص هذا القانون مترجمة إلى الفرنسية في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، ١٩٦٥ ، ص ٦١٤ وما بعدها .

القانونية، صيانة لاستقرار المعاملات "[1] . العيب الجوهري إذن لهذا الحل يتمثل في عدم وضع المشرع الذي يأخذ به لقواعد ثابتة واضحة معروفة سلفاً. ومن هنا كانت مخاطره في أنه يتنافى مع الأمان القانوني اللازم للمعاملات والذي يتطلب معرفة المتقاضيْن مقدماً للقانون الذي يحكم علاقتهم [2] .

ومن جانبنا لا نقر هذا الاطلاق في انتقاد هذا الحل . فالقاضي ليس مطلق الإرادة والسلطان في أخذه بالإحالة أو رفضها وإنما هناك مبدأ عام يحكمه جوهره أن يكون الحل الذي يقول به من خلال الإحالة ." عادلاً ومعقولا"، وتلك مسألة قانونية يخضع بشأنها لرقابة المحكمة العليا ، ويتعين في جميع الأحوال على القاضي أن يسبب قراره . فالحل إذن لن يتباين من حالة لأخرى كما يرى أصحاب النظر المتقدم، وان تباين فإنما يكون مرد ذلك لاختلاف الأسس والمبررات التي يقوم عليها هذا الحل أو ذاك . ولا محل أيضاً للخوف من أن يؤدي مثل هذا الحل إلى التضحية بالأمان القانوني وحماية توقعات الأفراد المشروعة إذ لو انحرف القاضي بالإحالة عن غايتها في هذا الفرض لانتفى عن قضائه وصف " الحل العادل "، ويكون قراره محلاً للنعي عليه من قبل المحكمة العليا. إلى ذلك، فإن تواتر القضاء على صياغة حلول عامة من شأنه أن يصنع في نهاية المطاف مسلكاً مألوفاً يمكن للأطراف معرفته والوقوف عليه سلفاً .

نخلص من ذلك إلى أن مسلك المشرع التشيكي في ذاته مسلك محمود تنضبط حدوده وتتعين من خلال وضع الضوابط والموجهات التي يستنها القضاء ويصوغها الفقه .

---

(١) الدكتور هشام صادق ، المطول ، ص ١٩٧ والمراجع المشار إليها فيه ، والأستاذ مصطفى كامل ياسين، دروس لاهاي ، ص ٢٣٢ وما بعدها .

(٢) أستاذنا الدكتور فؤاد رياض ، فقرة ١٠٦ ص ١٢٤ .

وفكرة الحل الوظيفي كرسها بشكل أكثر تحديداً القانون الدولي الخاص الألماني الجديد في المادة ١/٤ منه التي تنص علي أنه " إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضاً قواعد الإسناد المعينة الموجودة فيه بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية . ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني" . وتستبعد الإحالة كذلك متى كان المقصود من تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الألمانية ، هو تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون وحدها دون غيرها[1] (م ١/٤) . وهذا النص تفيض منه حقيقتان :

<u>أولهما</u>:أن القانون الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى . ويستثني من ذلك حالة ما إذا " كان للأطراف حرية اختيار قانون دولة معينة " حيث يجب قصر هذا الاختيار على القواعد الموضوعية لهذا القانون وليس على قواعد الاسناد فيه حتى ولو كانت هذه الأخيرة تحيل إلى القانون الألماني .

<u>ثانيهما</u>:أن القانون الألماني يأخذ أيضاً بالإحالة من الدرجة الثانية (إلى قانون دولة ثالثة) متى توافر شرطان لازمان معاً : الأول ، ألا يكون في الأخذ بالإحالة مساس بروح قاعدة الإسناد الألمانية . " فإذا كانت هذه الأخيرة تهدف مثلاً إلى عدم إهدار التصرفات القانونية وإلى الإقلال من حالات بطلانها لأسباب متعلقة بالشكل بحيث ينعقد التصرف صحيحاً إذا تم هذا الشكل وفقاً لأي من القوانين الجائز للأطراف الاختيار من بينها ، فإنه يستخلص من ذلك أن روح قاعدة الإسناد تقتضي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ولا تقبل الإحالة إلى قانون آخر لتحديد صحة التصرف

---

(١) في التعليق على هذا النص ، راجع باتيفول ولاجارد ، فقرة ٣١١ ص ٥٠٩ ، وفقرة ٣٠٢ هامش (٦) ص ٤٩٥ والمراجع المشار إليها عندهما .

من حيث الشكل "[1] . وثاني الشرطين ألا تشير قاعدة الإسناد الألمانية إلى تطبيق القواعد الموضوعية وحدها في القانون الأجنبي. وهذا المعنى صرحت به المادة ٢/٤ حين قررت أن حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تقتصر على اختيار القواعد الموضوعية وحدها دون قواعد الإسناد في القانون الأجنبي .

والمتأمل في الحلول التي كرّسها المشرع الألماني يرى فيها تقنيناً مرناً - لحسن الطالع - لفكرة الحل الوظيفي التي نثق فيها وفي قدرتها على رصدكثير من الحلول العادلة والمعقولة في مادة القانون الدولي الخاص برمتها .

(١) الدكتور فؤاد رياض ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ .

بسم الله الرحمن الرحيم

استتابة المرتد في الفقه الإسلامي

إعداد

الدكتور رجب سعيد يوسف شهوان *

* أستاذ مساعد بكلية الدراسات الإسلامية والعربية - دبي.

استتابة المرتد في الفقه الإسلامي

يتناول هذا البحث : معنى التوبة والاستتابة، حقيقة الاستتابة ، حكم الاستتابة، زمن الاستتابة، والأشخاص المختلف في توبتهم وهم : الزنديق، من ترددت ردته، ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فنفصل القول في هذه المباحث على النحو الآتي : -

تمهيد في معنى التوبة والاستتابة

التوبة في اللغة :

التوبة مشتقة من تاب، يتوب، توباً، وتوبة، وتابة، وتتوبة، ومتاباً، وتعني الرجوع عن الذنب أو المعصية (١) ، أو ترك الذنب والمعصية (٢)، أو ترك الذنب على أجمل الوجوه (٣) ، ويشهد لهذا المعنى قوله تعالى " إنما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون عن قريب " (٤)، وقوله تعالى " فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه " (٥)، وتأتي التوبة بمعنى الاعتراف، والإقلاع والعزم على آلا يعاود الإنسان ما اقترفه (٦)، ومنه قولهم " التوبة تذهب الحوبة " (٧) .

(١) لسان العرب ، باب الباء، فصل التاء، ١:٢٣٣، القاموس المحيط ١:٤١، متن اللغة ١: ٤١٢، المعجم الوسيط ١: ٩٠ .

(٢) معجم ألفاظ القرآن الكريم ١: ١٩٧.

(٣) المفردات ١٦٩ .

(٤) النساء ١٧ .

(٥) المائدة ٣٩ .

(٦) مدارج السالكين ١:٢٨٥، ٣٠٥، فتح الباري ١١:١٠٣، المعجم الوسيط ١:٩٠ .

(٧) المعجم الوسيط ١: ٩٠ .

وتأتي التوبة بمعنى الرجوع مطلقاً ، وليس بلازم عن ذنب أو معصية، قال الفخر الرازي " أصل التوبة الرجوع كالأوبة "[1] وقال ابن منظور : تاب : عاد إلى الله ورجع وأناب [2] ويشهد لهذا المعني قوله تعالى " وتوبوا إلى الله جميعاً أيها المؤمنون لعلكم تفلحون " [3]، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " والله إني لأستغفر الله وأتوب إليه في اليوم أكثر من سبعين مرة " [4]، وفي رواية أخرى " يا أيها الناس توبوا إلى الله ، فإني أتوب في اليوم مائة مرة " [5].

وتأتي التوبة بمعنى الندم [6] فعن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " الندم توبة " [7]، كما تأتي التوبة بمعنى التجاوز والعفو، قال تعالى : " فتاب عليكم وعفا عنكم " [8] وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " إن الله تجاوز عن أمتي ماحدثت به أنفسها مالم تفعل أو تتكلم " .

---

(١) مفاتيح الغيب ٣: ٢٢ .

(٢) لسان العرب ١ : ٢٣٣ .

(٣) النور ٣١ .

(٤) فتح الباري ١١: ١٠١ رقم ٦٣٠٧، سنن الترمذي ٥:٢١٨ رقم ٣٦٣٠، جامع الأصول ٤: ٣٨٧ رقم ٢٤٤٤.

(٥) المنهاج شرح صحيح مسلم ١٧:٢٣، ٢٤ سنن أبي داود ٢:١٧٧، ١٧٨ رقم ١٥١٥، جامع الأصول ٤:٣٨٧ رقم ٢٤٤٤ .

(٦) إحياء علوم الدين ٤:٩، مدارج السالكين ١:٣٠٣، فتح الباري ١١:١٠٣، المعجم الوسيط ١:٩٠ .

(٧) سنن ابن ماجة ٢: ١٤٢ رقم ٤٢٥٢ .

(٨) البقرة ١٨٧ .

وفي رواية أخرى " عما توسوس في صدرها " [١]، والتوبة النصوح : التوبة الصحيحة [٢]، وقال قتادة : التوبة الصادقة [٣] .

وتاب إلى الله تعالى : رجع عن الذنب والمعصية [٤] ومنه قوله تعالى " فمن تاب بعد ذلك وأصلح فإن الله يتوب عليه " [٥]، وغير ذلك من المعاني المتقدمة .

وتاب الله عليه : وفقه للتوبة، أو عاد عليه بالمغفرة ، أو رجع عليه بالفضل والقبول ، [٦] ومنه قوله تعالى " فتلقى آدم من ربه كلمات فتاب عليه " [٧]و قال الفخر الرازي : التوبة لفظ يشترك فيه الرب والعبد، فإذا وصف به العبد، فالمعنى رجع العبد إلى ربه، وإذا وصف به الرب، فالمعنى رجع الله على عبده برحمته وفضله [٨] وقال ابن منظور " رجل تواب : يتوب إلى ربه ، والله تواب : يتوب الله عليه " [٩].

التوبة في الاصطلاح :

تعددت تعريفات التوبة عند العلماء ، فهناك من عرفها بقوله " خلع الانسان

(١) فتح الباري ١١:٥٤٨، ٥٤٩ رقم ٦٦٦٤، المنهاج شرح صحيح مسلم ٢:١٤٧، سنن أبي داود ٢:٦٥٧، ٦٥٨ رقم ٥٢٢٠٩ سنن النسائي بشرح السيوطي ٦:١٥٦، ١٥٧، سنن ابن ماجة ٦٥٩ رقم ٢٠٤٤، جامع الأصول ٢:٦٢ رقم ٥٣٢ .

(٢) متن اللغة ١: ٤١٢ .

(٣) فتح الباري ١١: ١٠٤ .

(٤) القاموس المحيط ١:٤١ .

(٥) المائدة ٣٩ .

(٦) لسان العرب ١:٢٣٣، القاموس المحيط ١:٤١، معجم ألفاظ القرآن الكريم ١:١٩٨، المعجم الوسيط ١:٩٠ .

(٧) البقرة ٣٧ .

(٨) مفاتيح الغيب ٣:٢٢ .

(٩) لسان العرب ١: ٢٣٣ .

لباس الجفاء، ونشر بساط الوفاء "[1]وقيل " ذوبان الحشا لما سبق من الخطا" [2]، وقيل " نار في القلب تلتهب ، وصدع في الكبد لاينشعب " [3]، قال التستري " التوبة تبديل الإنسان الحركات المذمومة بالحركات المحمودة " [4]، وقال الغزالي " الرجوع عن طريق ذليلة الشهوة وحفيرة الشيطان، إلى طريق الله تعالى" [5]وقال الراغب " التوبة في الشرع : ترك الذنب لقبحه، والندم على مافرط منه، والعزيمة على ترك المعاودة ، وتدارك ماأمكن من الأعمال بالإعادة "[6] ، وقال ابن القيم " حقيقة التوبة ، الرجوع إلى الله تعالى بالتزام فعل مايبج وترك مايكره "[7] أو " العزم على ألا يعاود الذنب، والإقلاع عنه في الحال ، والندم عليه في الماضي"[8] ، وسئل ذو النون عن التوبة فقال " إنها اسم جامع لمعانٍ ستة : أولهن: الندم على مامضى ، والثاني: العزم على ترك الذنوب في المستقبل ، والثالث : أداء كل فريضة ضيعتها فيما بينك وبين الله تعالى ، والرابع : أداء المظالم إلى المخلوقين في أموالهم وأعراضهم ، والخامس : إذابة كل لحم ودم نبت من الحرام، والسادس : إذاقة البدن ألم الطاعات ، كما ذاق حلاوة المعصية "[9] ، وزاد بعض العلماء أموراً أخرى منها أن يفارق موضع المعصية، وأن لا يصلها بآخر العمر في

---

(١) إحياء علوم الدين ٤:٩.

(٢) المرجع السابق ٤:٩ .

(٣) المرجع السابق ٤:٩ .

(٤) المرجع السابق ٤: ٩ .

(٥) المرجع السابق ٤: ١٧ .

(٦) المفردات ١٦٩، فتح الباري ١١: ١٠٣.

(٧) مدارج السالكين ١: ٣٠٥.

(٨) المرجع السابق ١: ٣٠٥.

(٩) مفاتيح الغيب ٣:٢٥، ٢٦ .

الغرغرة، وألا يعود إلى الذنب ، فإن عاد إليه فتوبته باطلة [١] .

وأما التوبة النصوح، فعن عمر بن الخطاب، وأبي بن كعب رضي الله عنهما قالا " أن يتوب عن الذنب، ثم لايعود إليه كما لايعود اللبن إلى الضرع"[٢] ، وقال الحسن البصري:" أن يكون العبد نادماً على مامضى، مجمعاً على ألايعود إليه"[٣] ، وقال الكليبي : "أن يستغفر باللسان ، ويندم بالقلب، ويمسك بالبدن " [٤]، وقال محمد ابن كعب القرظي : "يجمعها أربعة أشياء : الاستغفار باللسان، والإقلاع بالأبدان ، وإضمار ترك العود بالجنان، ومهاجرة سيء الإخوان " [٥]، وبالجملة فقد اجتمع من أقوال العلماء في تفسير التوبة النصوح ثلاثة وعشرون وجهاً [٦] .

وأما الاستتابة في اللغة : فتعني طلب التوبة، واستتابه : سأله أن يتوب[٧]، أو طلب منه أن يتوب [٨] ، واستتبت فلاناً : عرضت عليه التوبة مما اقترف، والرجوع والندم على مافرط [٩] ، وأما الاستتابة في الاصطلاح ، فعزيزة جداً، ويبدو أن الفقهاء تجاوزوا عن تعريفها باعتبارها فرعاً عن التوبة، ومع هذا فيمكننا تعريف الاستتابة في الاصطلاح بأنها " طلب الرجوع إلى الإسلام ، بعد زوال الشبهات والأوهام " .

---

(١) فتح الباري ١١: ١٠٤.
(٢) مدارج السالكين ١: ٣٠٩ .
(٣) المرجع السابق ١: ٣٠٩.
(٤) المرجع السابق ١:٣٠٩.
(٥) المرجع السابق ١: ٣١٠ .
(٦) فتح الباري ١١: ١٠٤ .
(٧) القاموس المحيط ١:٤١، متن اللغة ١:٤١٢ .
(٨) المعجم الوسيط ١:٩١ .
(٩) لسان العرب ١:٢٣٣ .

المبحث الأول

حقيقة الاستتابة

الأصل في الإسلام أنه إذا ثبتت الردة في حق المرتد ، وتحقق ركنها ، وقام الدليل اليقين عليها بالشهادة أو الإقرار، فيطلب من المرتد الاستتابة ، وذلك بالرجوع إلى الإسلام ، فإن أبى ، يُقَدم إلى الحاكم أو إلى القاضي أو إلى مجلس قضائي، أو لجنة متخصصة من العلماء - وجوباً أو استحباباً أو إباحة على ماسنفصله في موقعه من هذا البحث - ونكشف شبهاته [١] ، ويجاب عنها بأجوبة شافية ، وأدلة مقنعة كافية، حتى يحصل الاطمئنان بزوالها من ذهنه، ويتبين له الحق[٢] ، فإن لم تبق له شبهة ، ورجع إلى الإسلام فهو مسلم، وإذا أصرَّ على الردة فهو مرتد، يستوجب القتل عقوبة أصلية ، ويستوجب عقوبات أخرى بدلية وتبعية .

والأصل في استتابة المرتد، التي يتحقق بها إسلامه بعد ردته، أن ينطق بالشهادتين[٣] ، وإذا كتب الشهادتين جاز ذلك وصار مسلماً، لأن الكتاب كالخطاب[٤] ، هذا من حيث الإجمال، وإلا فحقيقة الاستتابة أو التوبة تختلف باختلاف أحوال المرتد .

فمن كان قد جحد الربوبية أو الألوهية أو الوحدانية، أو دين الإسلام ، فتوبته تكون بالشهادتين، ومن كان قد كفر بغير ذلك، فلا تحصل توبته إلا بإقرار ماجحده

(١) مجمع الأنهر ١:٦٨٠، الدر المنتقى ١:٦٨٠، الدر المختار ٤:٢٢٥ .

(٢) المبسوط ١٠:٩٨ .

(٣) الاختيار ٤:١٤٦، فتح القدير ٦:٧٠، المبسوط ١٠:٩٩، مجمع الأنهر ١: ٦٨٠، الدر المنتقى ١:٦٨١، مغني المحتاج ٤:١٤٠، ٨:١٤١، الإجماع ١٥٤ .

(٤) دقائق أولي النهى ٣:٣٩٢ .

مع الشهادتين، فمن أقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم وأنكر كونه مبعوثاً إلى العالمين، لا يثبت إسلامه حتى يشهد مع الشهادتين أن محمداً صلى الله عليه وسلم رسول للعالمين، ومن ارتد بجحود فرض كالصلاة لم يسلم حتى يقر مع الشهادتين بهذا الفرض الذي أكره ، وكذلك إذا جحد نبياً أو ملكاً من الملائكة، أو كتاباً سماوياً، أو آية من القرآن الكريم، أو استباح محرماً، أو حرم مباحاً، فلا بد في إسلامه وتوبته من الإقرار بما جحده مع الشهادتين [١] .

ومن كان من الثنوية[٢] ، أو عبدة الأصنام، أو المانوية [٣] ، أو البرهمية[٤]فقال لا إله إلا الله، أو قال أشهد أن محمداً رسول الله ، أو قال أسلمت، أو آمنت بالله، أو قال أنا على دين الإسلام، فهذا كله إسلام[٥] ، والأصح عند الشافعية في البرهمي أن ينطق بالشهادتين، وأن من قال أنا منكم أو مثلكم، عدم إسلامه [٦] .

ومن آمن بأصل الوحدانية، ولكنه ينكر رسالة محمد صلى الله عليه وسلم من اليهود والنصاري، لا يكون مسلماً إلاَّ بالشهادتين، وأن يتبرأ من دينه الذي كان عليه، وكان أبوحنيفة يقول بذلك ، ثم رجع وقال : إذا قال أنا مسلم فذلك إسلام منه[٧] لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم اكتفى بذلك منهم، قال ابن عابدين:

---

(١) المغني ٨:١٤٢، ١٤٣، مغني المحتاج ٤:١٤١، إعلاء السنن ١٢:٥٧٢، الأنصاف ١٠:٣٣٦.

(٢) فرقة دينية تقول بأن أصل الحياة من النور والظلمة وهما أزليان ، دائرة معارف القرن العشرين ٢:٧٧٠.

(٣) نسبة إلى ماني بن فاتك الفارسي، ظهر في عهد سابور وأسس ديانة بين المجوسية والنصرانية، دائرة معارف القرن العشرين ٨:٤٢٧ .

(٤) ديانة هندية قديمة، تقوم على وحدة الوجود والتناسخ، دائرة معارف القرن العشرين ٢:١٥٤ .

(٥) الاختيار ٤:١٥٠ ، الدر المختار ٤:٢٢٧، مغني المحتاج ٤:١٤١، دقائق أولي النهى ٣:٣٩٢.

(٦) مغني المحتاج ٤:١٤١ .

(٧) المبسوط ١٠ : ٩٩ ، شرح فتح القدير ٦ : ٧٠، الاختيار ٤: ١٥٠، الدر المنتقى ١:٦٨١، مجمع الأنهر ١: ٦٩٠ .

" وإنما اكتفى عليه السلام بالشهادتين، لأن أهل زمانه من اليهود والنصارى كانوا منكرين لرسالته أصلاً، أما اليوم فلا يحكم بإسلام يهودي أو نصراني حتى يقول : تبرأت من ديني ودخلت في دين الإسلام"[1] وقال الحصفكي " الكفار أصناف خمسة، من ينكر الصانع كالدهرية، ومن ينكر الوحدانية كالثنوية، ومن يقر بهما لكن ينكر بعثة الرسول صلى الله عليه وسلم كالعيسوية[2] ، فيكتفى في الأولين بقول لا إله إلا الله، وفي الثالث بقول محمد رسول الله ، وفي الرابع بأحدهما، وفي الخامس بهما مع التبري عن كل دين يخالف دين الإسلام"[3] .

ولو أذّنَ المرتد أو صلى ، حكم بإسلامه عند الجمهور، سواء أكان ذلك في دار الإسلام أو في دار الكفر، وسواء في جماعة أو فرادى.[4] وفرق بعض الحنفية بين الصلاة في جماعة وبين الصلاة فرداى[5] ، وقال الشافعي : إذا صلى في دار الكفر حكم بإسلامه، وأما إذا صلى في دار الإسلام فلا بد من نطق الشهادتين أيضاً ، ولاتكفي الصلاة لوحدها، لاحتمال كونه صلى رياء وتقية [6] .

ولو صام المرتد، أو زكّى ، أو خرج في الحج، يعتبر مسلماً عند الحنفية قياساً على الصلاة[7] ، وقال الحنابلة لايعتبر مسلماً بالصوم أو الزكاة أو الحج إلا مع الشهادتين، لأن الصلاة أفعال تتميز عن صلوات الكفار في القبلة والركوع

(١) رد المحتار ٤ : ٢٨٨، وانظر مجمع الأنهر ١: ٦٨٩ .

(٢) فرقة يهودية تنسب إلى أبي عيسى الأصفهاني، ظهر زمن المنصور وقتله، مقارنة الأديان بين اليهودية والإسلام ١٥٩ .

(٣) الدر المختار ٤ : ٢٢٧ .

(٤) رد المحتار ٤ :٢٢٩، مجمع الأنهر ١:٦٩٠، الذخيرة ١٢: ٣٧، المغني ٨ : ١٤٣ .

(٥) مجمع الأنهر ٢ : ٦٩٠، رد المحتار ٤ : ٢٢٩ .

(٦) مغني المحتاج ٤ : ١٣٨ .

(٧) الاختيار ٤ : ١٥٠، الدر المنتقى ١ : ٦٨١، رد المحتار ٤ : ٢٢٩ .

والسجود، وذلك بخلاف الصوم والزكاة والحج، فأهل الكتاب يصومون ويزكون، وكان مشركوا العرب يحجون إلى البيت الحرام قبل الإسلام[1]. وقال الحنفية " إذا لبى وأحرم وشهد المناسك مع المسلمين صار مسلماً "[2].

والراجح قول الحنفية تيسيراً على الناس، وعملاً بالاحتياط ، ولأن الخروج من الإسلام والدخول في الكفر يكون بالقول والفعل فكذلك العكس.

المبحث الثاني

حكم الاستتابة

اختلف الفقهاء في حكم استتابة المرتد على خمسة أقوال، فنفصلها على النحو الآتي :

القول الأول : الاستتابة واجبة :

وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة [3]بمعنى أنه يجب الإمهال في قتل المرتد ، ولايجوز قتله على الفور إلا بعد استتابته ، واستدلوا بما يلي :

١ - عموم الآيات القرآنية الدالة على قبول التوبة والمغفرة من مثل قوله تعالى:

« فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم »[4] وجه الاستدلال : أن الآية صرحت بتخلية سبيل من تحققت توبته، والآية عامة ، تتناول الكافر

---

(١) المغني ٨ : ١٤٤ .

(٢) الاختيار ٤ : ١٥٠ .

(٣) الاستذكار ٢٢ : ١٣٨، شرح الخرشي ٨ : ٦٥، مواهب الجليل ٦ : ٢٨١، منح الجليل ٩ : ٢١١ ، الشرح الصغير ٤ : ٣٤٦، الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٩، مغني المحتاج ٤ : ١٣٩، ١٤٠، نهاية المحتاج ٧ : ٤١٩، المنهاج شرح صحيح مسلم ١٢ : ٢٠٨، المغني ٨ : ١٢٤، الإنصاف ١٠: ٣٢٨ ، المبدع ٩: ١٧٣ .

(٤) التوبة ٥ .

كفراً أصلياً، والكافر كفراً طارئاً بالارتداد[1] ، وقوله تعالى « إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم » [2] وجه الاستدلال : أن الآية استثنت الذين تابوا بعد كفرهم بأن الله تعالى يغفر لهم، وهي عامة في الكافر والمرتد، فتكون دالة على الاستتابة، لأن الاستتابة فرع عن التوبة، وقوله تعالى « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف » [3]وجه الاستدلال : أن الكافر إذا انتهى عن كفره، غفر الله تعالى له سابقته، وهذا هو معنى الاستتابة، والمرتد من الذين كفروا، والأمر للوجوب، فعلم أن استتابة المرتد واجبة [4] ، وقوله تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير .... »[5] وجه الاستدلال : أن الاستتابة فعل خير، ودعاء إلى الله تعالى بالحكمة، ومحاولة إنقاذ نفس بالموعظة فكانت واجبة [6] .

٢ - مارواه عبدالله بن عبدالقاري عن أبيه رضي الله عنه قال " قَدِمَ على عمر بن الخطاب رضي الله عنه رجل من قِبَل أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ، فسأله عن الناس، فأخبره، ثم قال : هل من مغربة من خبر ؟[7] قال : نعم ، كفر رجل بعد إسلامه، قال : فماذا فعلتم به ؟ قال قربناه فضربنا عنقه، فقال عمر رضي الله عنه : هلاَّ حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً، واستبتموه،

---

(١) المحلى ١١ : ١٩٢ .
(٢) آل عمران ٨٩ .
(٣) الأنفال ٣٨ .
(٤) الصارم المسلول ٣٢٢ .
(٥) آل عمران ١٠٤ .
(٦) المحلى ١١ : ١٩٢ .
(٧) يعني هل من خبر جديد أو غريب من بلاد بعيدة، نيل الأوطار ٧ : ٢٢١ .

لعله يتوب ويراجع أمر الله ، اللهم إني لم أحضر، ولم أرض إذ بلغني "[1] ، وجه الاستدلال : أن هذا الأثر يدل على أن عمر رضي الله عنه رأى أن يستتاب المرتد ولا يقتل على الفور، ولو كان يجوز أن يقتل المرتد من غير استتابة، لما أنكر عمر ذلك، ولما تبرأ منه ، إذ المعهود في الصحابة ألاّ يتبرأوا إلاّ من باطل، وهو مع عدم اعتراض الصحابة بمثابة إجماع سكوتي [2] .

٣ - وعن أبي بردة أن " معاذاً رضي الله عنه قَدِمَ على أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ، فوجد عنده رجلاً موثقاً ، فدعاه عشرين ليلة أو قريباً من ذلك فقال معاذ : من هذا ؟ قال : رجل كان يهودياً فأسلم ثم راجع دينه فتهود ، فدعاه معاذ فرفض، فقال : لا أجلس حتى يُقتل، قضاء الله ورسوله " [3] ، وفي الباب روايات أخرى لهذا الأثر، نذكرها في مبحث " زمن الاستتابة "، وجه الاستدلال: أن أبا موسى الأشعري لم يقتل هذا المرتد على الفور، وإنما استتابه نيف شهرين، ثم إن معاذاً استتابه أيضاً، والمقام مقام قضاء وقتي، فدل على وجوب الاستتابة .

٤ - وعن ابن مسعود رضي الله عنه، أنه وجد قوماً ارتدوا عن الإسلام من أهل العراق، فكتب فيهم إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه، فرد إليه عثمان " أن اعرض عليهم دين الحق، وشهادة أن لا إله إلا الله، فإن قبلوها فخل سبيلهم، وإن لم يقبلوها ، فاقتلهم، فقبلها بعضهم، فتركهم، ولم يقبلها بعضهم

---

(١) مصنف عبدالرزاق ١٠: ١٦٤، ١٦٥رقم ١٨٦٩٥، المصنف في الأحاديث والآثار ١٠: ١٣٧ رقم ٩٠٣٤، الموطأ ٢ : ٧٣٧، السنن ٢ : ٢٢٦ رقم ٢٥٨٦، جامع الأصول ٣: ٤٨٠، ٤٨١، رقم ١٨٠٠ ، تلخيص الحبير ٤: ٥٠ ، إعلاء السنن ١٢: ٥٦٤، شرح معاني الآثار ٣ : ٢١١، المحلى ١١ : ١٩١ ، المغني ٨ : ١٢٥، الإستذكار ٢٢ : ١٤١ .

(٢) فتح الباري ١٢: ٢٦٩ .

(٣) فتح الباري ١٢: ٢٧٥ ، المغني ٨ : ١٢٥، الصارم المسلول ٣٢٤.

فقتلهم"[1] وفي رواية أخرى عنه قال : أخذ بالكوفة رجال يؤمنون بمسيلمة الكذاب، فكتب فيهم إلى عثمان، فكتب إليه عثمان " اعرض عليهم دين الحق، وشهادة أن لا إله إلا الله وأن محمد رسول الله ، فمن قالها وتبرأ من دين مسيلمة فلا تقتلوه، ومن لزم دين مسيلمة فاقتلوه، فقبلها رجلا منهم، ولزم دين مسيلمة رجال فقتلوا "[2] ، وجه الاستدلال : أن عثمان رضي الله عنه طلب في كتابه - على الروايتين - عرض الإسلام عليهم قبل قتلهم، وهذا هو معنى وجوب الاستتابة .

٥ - وعن المسور العجلي " أن علياً رضي الله عنه استتاب رجلاً قد تنصر بعد إسلامه فلم يتب فقتله "[3] وجه الاستدلال : أن علياً رضي الله عنه لم يقتل هذا المرتد إلا بعد استتابته، فدل هذا على وجوب الاستتابة.

٦ - وعن سويد بن غفلة أن " علياً رضي الله عنه بلغه أن قوماً ارتدوا عن الإسلام، فبعث فيهم ، فأطعمهم ثم دعاهم إلى الإسلام، فأبوا ، فحفر حفيرة ثم أتى بهم فضرب أعناقهم ورماهم فيها "[4] ، وجه الاستدلال : أن علياً رضي الله عنه دعاهم إلى الإسلام، وهذا هو معني الاستتابة فلما أبوا قتلهم، فدل هذا على وجوب استتابة المرتد قبل قتله.

(١) مصنف عبدالرزاق ١٠:١٦٨، ١٦٩ رقم ١٨٧٠٧، المحلى ١١:١٩٠، إعلاء السنن ١٢ :٥٦٦.

(٢) إعلاء السنن ١٢ : ٥٧١ .

(٣) مصنف عبدالرزاق ١٠: ١٧٠ رقم ١٨٧١٠، المحلى ١١: ١٩٠ .

(٤) قال ابن حجر : أخرجه الطبراني في الأوسط، فتح الباري ١٢: ٢٧٠ ، وقد رُوى هذا الأثر عن علي ابن أبي طالب بألفاظ أخرى، استوعبها ابن حجر في فتح الباري، وقد بلغ ذلك ابن عباس فقال " لو كنت أنا لم أحرقهم لنهي النبي صلى الله عليه وسلم (لاتعذبوا بعذاب الله) ولقتلتهم ... " فتح الباري ١٢ : ٢٦٧ رقم ٦٩٢٢، وأجاب الماوردي بأن فعل علي رضي الله عنه كان من باب القتل سياسة شرعية لغلوهم في علي رضي الله عنه، الحاوي ١٣: ١٥٠. وفي مسند أحمد بن حنبل ما يشير إلى ذلك. الحاوي الكبير ١٣: ١٥٠ ، شرح مشكل الآثار ٧ : ٣٠٣ ، المسند ١ : ٢٨٢، ٢٨٣.

٧ - وعن ابن جريج " قال : قال عطاء في الإنسان يكفر بعد إسلامه، يدعى إلى الإسلام ، فإن أبى قتل "[١] وجه الاستدلال : أن المرتد يستتاب، وعطاء تابعي، ومثل هذا له حكم المسموع من الصحابي، وهو من الصحابي، له حكم المرفوع.

٨ - واستدلوا بالقياس على قتال الكافر، فكما أنه لايحل قتال الكافر إلا بعد عرض الإسلام عليه ودعوته إليه، فكذلك المرتد، بل المرتد من باب أولى[٢].

٩ - واستدلوا بالمعقول، فإن الاستتابة ضرورية لإزالة الشكوك وكشف الشبهات، وإتاحة الفرصة أمام المرتد لرجوعه إلى الحق والتوصل إلى اليقين والاطمئنان، كما أن الاستتابة إصلاح نفس تالفة بالكفر يمكن إنقاذها، قال ابن قدامة " ولأنه أمكن استصلاحه، فلم يجز إتلافه قبل استصلاحه كالثوب النجس "[٣] وقال أيضاً: " ولأن الردة إنما تكون لشبهة لاتزول في الحال، فوجب أن ينتظر مدة يرتئي بها "[٤]، وقال ابن حزم " وهي فعل خير ، ودعاء إلى سبيل ربنا بالحكمة والموعظة الحسنة، فكانت الاستتابة واجبة وفاعلها مصلحاً "[٥]، وقال الماوردي " ولأن الأغلب من حدوث الردة أنه لاعتراض شبهة ، فلم يجز الإقدام على القتل قبل كشفها "[٦].

(١) المصنف في الأحاديث والآثار ١٠: ١٣٩ رقم ٩٠٣٩ .
(٢) الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٩ .
(٣) المغني ٨ : ١٢٥ .
(٤) المرجع السابق ٨ : ١٢٦ .
(٥) المحلى ١١ : ١٩٢ .
(٦) الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٩ .

القول الثاني : الاستتابة ممنوعة :

وهو قول الحسن البصري وطاووس، ورواية عن أحمد وبه قال أهل الظاهر، ونقله ابن المنذر عن معاذ وغيره، بمعنى أن المرتد لايستتاب وإنما يقتل في الحال[١]. قال ابن حجر " وعليه يدل تصرف البخاري ، فإنه استظهر الآيات التي لاذكر فيها للاستتابة، والتي فيها أن التوبة لاتنفع "[٢]، وقد استدلوا بما يلي :

١ - عموم الآيات القرآنية التي لاذكر فيها للاستتابة، والتي فيها أن التوبة لاتنفع، من مثل قوله تعالى « ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة، أولئك أصحاب النار هم فيها خالدون »[٣]، وقوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا من يرتد منكم عن دينه فسوف يأتي الله بقوم يحبهم ويحبونه »[٤]، وقوله تعالى « إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلاً »[٥]، وقوله تعالى « إن الذين كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً لن تقبل توبتهم وأولئك هم الضالون »[٦].

وجه الاستدلال : أن هذه الآيات دلت بعمومها على حبوط عمل المرتد بردته، وأنه من الخالدين في النار، وحكمت عليه بالغواية والضلال وحبوط العمل في الحال والمآل، وعدم قبول التوبة أو المغفرة، فلا معنى في توبته

(١) البدائع ٧ : ١٣٤، رد المحتار ٤ : ٢٢٥، الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٨، المغني ٨ : ٢٤ ، المبدع ١٧٤ : ٩، شرح السنة ١٠ : ٢٣٩، المحلى ١١ : ١٨٨ ، شرح مشكل الآثار ٣٠٥:٧، فتح الباري ٢٦٩:١٢، نيل الأوطار ٢٢١:٧ .

(٢)فتح الباري ١٢ : ٢٦٩، نيل الأوطار ٢٢١ : ٧ .

(٣) البقرة ٢١٧ .

(٤) المائدة ٥٤ .

(٥) النساء ١٣٧ .

(٦) آل عمران ٩٠ .

ولافائدة من استتابته، وإذا ثبت أنه لاتنفعه الاستتابة، فلا تلزم ويقتل في الحال.

وقد اعترض على هذه الأدلة بأنها معارضة بآيات أخرى دلت على قبول التوبة مطلقاً، وقد تقدم ذكرها عند القائلين بوجوب الاستتابة، وليس العمل بالآيات الدالة على عدم قبول التوبة، بأولى من الآيات الدالة على قبول التوبة.

٢ - وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " من بدل دينه فاقتلوه " [١] وفي رواية ثانية " من بدل دينه فاقتلوه ، إن الله لايقبل توبة عبد كافر بعد إسلامه "[٢]، وفي رواية ثالثة " من خالف دين الإسلام فاضربوا عنقه " [٣]، وفي رواية رابعة " من غَيَّر دينه فاضربوا عنقه "[٤]، وجه الاستدلال : أن الحديث الأول مطلق لم يذكر الاستتابة، والحديث الثاني أفاد بأن التوبة بعد الكفر لاتنفع، والحديثين الثالث والرابع، دلا على قتل المرتد من غير استتابة، فدل الحديث برواياته المختلفة على عدم الاستتابة.

فإن قيل : هذا الحديث مشكل فإنه يفيد في إطلاقه أن من بدل دينه من

---

(١) فتح الباري ١٢ : ٢٦٧ رقم ٦٩٢٢، الموطأ ٢ : ٧٣٦، المسند ١ : ٢٨٢، ٢٨٣، مصنف عبدالرزاق ١٠ :١٦٨ رقم ١٨٧٠٦، المصنف في الأحاديث والأثار ١٠ : ١٣٩ رقم ٩٠٤١، سنن أبي داود ٥٢٠ رقم ٤٣٥١، سنن النسائي بشرح السيوطي ٧ : ١٠٤ ، ١٠٥، جامع الأصول ٣ : ٤٨٢، شرح السنن ١٠: ٢٣٧ ,٢٣٨ رقم ٢٥٦٠، ٢٥٦١، تلخيص الحبير ٣ : ٤٨٢ رقم ١٧٣٧، شرح مشكل الآثار ٧ : ٣٠٤ رقم ١٨٦٥، ٢٨٦٦، كنز العمال ١:٩٠ رقم ٣٨٧، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٢، سنن الترمذي ٣ : ١٠ رقم ١٤٨٣، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٤٨ رقم ٢٥٣٥.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير، كنز العمال ١ : ٩١ رقم ٣٩٢، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٣ .

(٣) فتح الباري ١٢ : ٢٧٢، الاستذكار ٢٢ : ١٣٦ .

(٤) الموطأ ٢ : ٧٣٦، جامع الأصول ٣ : ٤٧٩ رقم ٦٧٩٩، إعلاء السنن ١٢ : ٥٨٤ .

اليهودية أو النصرانية إلى الإسلام فهو مرتد يقتل، عملاً بظاهر الحديث ، فجوابه : أن الرواية الثالثة قيدت ذلك الإطلاق بمخالفة الإسلام فيحمل المطلق على المقيد، ويكون المراد بلفظ " الدين " في الأحاديث المتقدمة هو الإسلام، قال التهانوي " فالإسلام هو المراد بالدين في نص هذه الأحاديث"[1] .

ويعترض على هذا الدليل بأن السكوت عن الاستتابة في هذه الأحاديث ليس دليلاً على اقتناعها وعدم طلبها، وبخاصة أنه ورد في أحاديث أخرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه استتاب بعض المرتدين وقبل توبتهم على ماتقدم من أدلة القول الأول.

٣ - وعن أبي بردة عن أبوموسى الأشعري رضي الله عنه " أن رجلاً أسلم ثم تهود، فأتاه معاذ بن جبل رضي الله عنه فقال : مالهذا ؟ قال : أسلم ثم تهود، قال لا أجلس حتى أقتله، قضاء الله ورسوله "[2] وفي رواية أخرى عنه، " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أبا موسى الأشعري على اليمن ثم أتبعه معاذ بن جبل، فلما قَدِمَ عليه قال : انزل ، وألقي إليه وسادة، وإذا برجل عنده موثق، قال من هذا؟ قال : كان يهودياً فأسلم، ثم راجع دينه فتهود، قال معاذ : لا أجلس حتى قتل ، قضاء الله ورسوله، قالها ثلاث مرات ، فأمر به فقتل "[3] ، وجه الاستدلال : أن الرواية الأولى للبخاري، والثانية لمسلم، وكلاهما ساكتة عن الاستتابة، غير مصرحة بها، مما يدل على أن اليهودي قتل دون استتابة، وأن المرتد

(١) إعلاء السنن ١٢ : ٥٨٣، وانظر منح الجليل ٩ : ٢٢٦ .

(٢) فتح الباري ١٣ : ١٣٤ رقم ٧١٥٧، وانظر الاستذكار ٢٢ : ١٤٣، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٧ .

(٣) المنهاج شرح صحيح مسلم ١٢ : ٢٠٨، ٢٠٩ ، إعلاء السنن ٥٦٧ .

لايستتاب، وهي أصح مافي الباب لأن العلماء متفقون على تقديم رواية البخاري ومسلم على سائر الروايات .

فإن قيل هذا اجتهاد صحابي، وقول الصحابي مختلف فيه، فجوابه : أن الغالب في هذه الأحكام ونظائرها أن لها حكم المرفوع، لأنها تتعلق بالدماء، والدماء مبنية على الاحتياط، فلا يحكم الصحابي بذلك إلاّ ويكون قد سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ويعترض على هذا الدليل، بأنه واقعة حال، كثرت فيها الروايات والاحتمال على ماسنوضح هذا في مبحث زمن الاستتابة فيما بعد، إن شاء الله تعالى .

٤ - واستدلوا بالقياس على الزاني والسارق، فكما أن الزاني إذا تاب لايرتفع عنه مسمى الزنى، والسارق إذا تاب لايرتفع عنه مسمى السرقة، فكذلك المرتد إذا تاب لايرتفع عنه مسمى الردة، وبالتالي لاتنفعه الاستتابة في اسقاط العقوبة عنه[١] .

واعترض على هذا الدليل ، بأنه قياس مع الفارق، فقد وجدنا أن مسمى الزنى وعقوبته غير مفارقين للزاني في قوله تعالى « الزانية والزانيفاجلوا كل واحد منهما مائة جلدة » [٢] كما وجدنا أن مسمى السرقة وعقوبتها غير مفارقين للسارق في قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما »[٣] ، بينما وجدنا الردة خلاف ذلك، فإن مسمى الردة وعقوبتها مفارقة للمرتد بتوبته وإسلامه قال تعالى « إن الذين آمنوا ثم

(١) شرح مشكل الآثر ٧ : ٣٠٥، ٣٠٦ .
(٢) النور ٢ .
(٣) المائدة ٣٨ .

كفروا ثم آمنوا ثم ازدادوا كفراً .. »[1] فقد سمى الله تعالى المرتد بعد إسلامه مؤمناً، فدل هذا على إمكان زوال اسم الردة عن المرتد بتوبته أو استتابة بخلاف الزاني والسارق [2]، كما وجدنا في آيات أخرى، أن الله تعالى تجاوز عن الكافر بقبول توبته والمغفرة له، قال تعالى « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف »[3] ولفظ الكفر في هذه الآية عام يتناول الكفر الأصلي والكفر الطارىء وهو المرتد على ماتقدم من أدلة القول الأول .

٥ - واستدلوا بالقياس على الحربي، فكما أن الحربي يقاتل دون أن يستتاب، فكذلك المرتد يقتل دون أن يستتاب ، لعلة جامعة بينهما وهي بلوغهما الدعوة من قبل[4] .

القول الثالث : الاستتابة مستحبة :

وهو مذهب الحنفية، وقول للشافعي وأحمد[5] . قال الحنفية : وهي مستحبة إذا طلب المرتد الإمهال وإلاّ يجب ضرب عنقه في الحال [6]. وقال أبو يوسف : إذا جاء

---

(١) النساء ١٣٧ .

(٢) شرح مشكل الآثار ٧ : ٣٠٦ .

(٣) الأنفال ٣٨ .

(٤) المجموع ١٩ : ٢٢٩ ، الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٢، البحر الرائق ٥ : ١٢٥، المحلى ١١ : ١٨٨، فتح الباري ١٢ : ٢٦٩٩، نيل الأوطار ٢٢١ : ٧، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٥ .

(٥) المبسوط ١٠: ٩٨، ٩٩، الاختيار ٤ : ١٥٤، الدر المنتقى ١ : ٦٨٠، المجموع ١٩: ٢٢٩، نهاية المحتاج ٧ : ٤١٩، المغني ٨ : ١٢٤، المبدع ٩ : ١٧٤، البحر الرائق ٥ : ١٢٥، المحلى ١١ : ١٨٨، فتح الباري ١٢: ٢٦٩، نيل الأوطار ٢٢١: ٧، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٥ .

(٦) المبسوط ١٠: ٩٨، ٩٩، الاختيار ٤: ١٤٥، إعلاء السنن ١٢: ٥٦٥ .

مبادراً بالتوبة خلي سبيله ووكل أمره إلى الله تعالى وإلا قتل في الحال [1]، وقال ابن نجيم " ظاهر المذهب استحبابه وليس بواجب "[2] واستدلوا بما يلي :

١ - التوفيق والجمع بين الآيات القرآنية التي لاذكر فيها للاستتابة، والتي فيها أن التوبة لاتنفع، وبين الآيات القرآنية الدالة على قبول التوبة والمغفرة ، فحملنا الآيات التي لاذكر فيها للاستتابة على من ارتد ولم يطلب الاستتابة، أو على من ارتد ولم يبادر بنفسه بالتوبة، وحملنا الآيات التي فيها قبول التوبة والمغفرة على من طلب الاستتابة، أو جاء بنفسه تائباً، وقلنا بأن التوبة مستحبة في حق هذا بطلبه وغير مستحبة في حق غيره جمعاً وتوفيقاً بين الأدلة .

٢ - وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال : كان رجل من الأنصار أسلم ثم ارتد ولحق بدار الشرك، ثم ندم، فأرسل إلى قومه، سلوا لي رسول الله صلى الله عليه وسلم، هل لي من توبة ؟ فجاء قومه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : إن فلاناً ندم، وأنه أمرنا أن نسألك هل له من توبة ؟ فنزلت « كيف يهدي الله قوماً كفروا بعد إيمانهم. . . إلى قوله تعالى . . غفور رحيم » [3] فأرسل إليه فأسلم " [4]، وجه الاستدلال : أن الأنصاري طلب التوبة فوافقه الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك، فيكون هذا الحديث نصاً في استحباب استتابة المرتد إذا طلب ذلك.

---

(١) المبسوط ١٠ : ٩٨ ، ٩٩، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٥.

(٢) البحر الرائق : ١٢٥، البدائع ٧ : ١٣٤، الدر المختار ٤ : ٢٢٥ .

(٣) آل عمران ٨٦ .

(٤) سنن النسائي بشرح السيوطي ٧ : ١٠٧، شرح مشكل الآثار ٧ : ٣٠٧ رقم ٢٨٦٩ .

٣ - أن الرسول صلى الله عليه وسلم قَبِلَ توبة بعض المرتدين لما طلبوا ذلك، فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال " كان عبدالله بن أبي السرح، يكتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فأزله الشيطان، فلحق بالكفار، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتل يوم الفتح، فاستجار له عثمان رضي الله عنه فأجاره " [١]، وبالمقابل فقد قتل صلى الله عليه وسلم بعض المرتدين ولم يستتبهم فأمر بقتل العرنيين الذين ارتدوا عن الإسلام [٢]كما أمر بقتل عبدالله بن خطل، قتله سعيد بن الحارث وهو متعلق بأستار الكعبة[٣]، قال ابن اسحق " وإنما أمر بقتله لأنه كان مسلماً فبعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم مصدقاً - جابياً للصدقات - وكان معه مولى يخدمه، وكان مسلماً، فنزل منزلاً، وأمر المولى أن يذبح له تيساً ويصنع له طعاماً ، فنام واستيقظ ولم يصنع له شيئاً، فعدا عليه فقتله، ثم ارتد مشركاً، وصار يهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وتغنى قينتاه بذلك"[٤]، وجه الاستدلال : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل العرنيين وعبدالله بن خطل ولم يستتبهم، وقبل توبة عبدالله بن أبي السرح لطلبه ذلك، فدل هذا على أن المرتد يقتل فوراً دون استتابة ، وأنه يستحب استتابته إذا طلب ذلك.

٤ - وأيضاً اختلف النقل عن الصحابة، فهنالك من روى عن عمر رضي الله عنه قال " هلا حبستموه ثلاثاً " وأن عثمان رضي الله عنه قال " أعرض

(١) سنن النسائي بشرح السيوطي ٧ : ١٠٧، السيرة النبوية ٤ : ٢٨ ، الصارم المسلول ١١٠، ١١١، ١١٥ .

(٢) المنهاج شرح صحيح مسلم ١١ : ١٥٤، ١٥٥، الصارم المسلول ١٢٧.

(٣) السيرة النبوية ٤ : ٣٠ ، الصارم المسلول ١١٠ .

(٤) السيرة النبوية ٤ : ٢٩، الصارم المسلول ١٢٧، وانظر فيما بعد " استتابة ساب الرسول صلى الله عليه وسلم " .

عليهم دين الحق " وأن علياً " استتاب رجلاً تنصر " على ماتقدم من أدلة القائلين بالوجوب، وبالمقابل نقل عن أبي موسي الأشعري ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما عدم استتابة اليهودي على رواية البخاري ومسلم دون غيرهما، فكان لابد من التوفيق بين عمل الصحابة، وذلك بحمل من لم يستتب منهم على العزيمة ، وحمل من استتيب على الرخصة ، فتكون الاستتابة رخصة بطلب المرتد أو رأي الحاكم رجاء المرتد في التوبة، وهذا هو معنى الاستحباب.

٥ - تنازع الأقيسة فالناظر في هذه المسألة يجد أن لها شبهاً بالحربي الذي بلغته الدعوة من قبل، فيقاس المرتد عليه ولايستتاب، كما يجد أن فيها شبهاً بالكافر الأصلي الذي يجب عرض الإسلام عليه قبل قتاله أو قتله، فالمرتد من باب أولى، ولكن القياس الأول أظهر، " لأن الكفر بعد الإيمان أغلظ ممن الكفر الأصلي لوقوف المرتد على محاسن الإسلام" [١]، ولهذا قلنا باستحباب الاستتابة جمعاً بين القياسين.

٦ - واستدلوا بالمعقول فقالوا : إن المرتد لما بَلَغَتْهُ الدعوة وعرف الإسلام من قبل، لم تلزم استتابته، لأن دعوة من بلغته الدعوة مرة ثانية غير واجبة ، ولكنها بطلب تصير مستحبة، لإمكان انقاذه وعدم هلاكه، كما تصير مستحبة بتقدير الحاكم إذا رجا توبته وإسلامه [٢].

القول الرابع : الاستتابة لغير ذوي البصيرة :

وهو قول للحسن وطاووس، فقد قالا : إذا ارتد عن بصيرة وعِلْم، يجب قتله في

(١) بدائع الصنائع ٧ : ١٣٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٧ : ١٣٤، البحر الرائق ٥ : ١٢٥ .

الحال، وأما إذا ارتد عن غير بصيرة فيستتاب[1] . وقد ساق العلماء قولهما ولم يسوقوا أدلتهما ، ولعل من دليلهما أن الذي يرتد عن بصيرة يكون ارتداده من باب العناد والمكابرة والحقد على الإسلام، فلا فائدة من استتابته، وأما الذي يرتد عن غير بصيرة فيكون ارتداده من باب الجهل والغفلة ونحوهما فيعذر بجهله وغفلته، وقد تتجلى شبهته، ويرجى له التوبة ، فتكون الاستتابة نافعة في حقه.

القول الخامس : الاستتابة لقريب العهد بالإسلام :

وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وعطاء ، فقد قالا : إذا كان أصل المرتد مسلماً لم يستتب، وإذا ولد من أبوين غير مسلمين فأسلم ثم ارتد فإنه يستتاب[2] . وقد ذكر العلماء قولهما ولم يذكروا أدلتهما ومعنى مذهبهما أن من ولد من أبوين مسلمين فهو بعيد عهد بالإسلام، وأما من ولد من أبوين غير مسلمين فهو قريب عهد بالإسلام، ولعل من حجتهم : أن ردة من كان أصله مسلماً لاتخلو من خطر على الإسلام أو حقد على المسلمين ، والمفروض فيمن كان أصله مسلماً ألاّ يعذر بشبهته لأنه يكون قد اطلع على محاسن الإسلام وعرف تعاليمه ، فلا فائدة من استتابته، وذلك بخلاف من كان من أبوين غير مسلمين، فإن إسلامه يكون حديثاً، وحديث الإسلام جاهل بحال الإسلام، فيعذر بعدم وضوح الإسلام في ذهنه، وعدم غلغلة الإيمان في قلبه، وتردده في قناعته، فيستتاب، لأنه قد تكون فائدة في استتابته وهي إنقاذ نفسه بالرجوع إلى الإسلام.

---

(١) المجموع ١٩ : ٢٢٩، فتح الباري ١٢ : ٢٦٩، نيل الأوطار ٧ : ٢٢١، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٥.

(٢) الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٨، المنهاج شرح صحيح مسلم ١٢ : ٢٠٨، المغني ٨ : ١٢٥، فتح الباري ١٢ : ٢٦٩، نيل الأوطار ٧ : ٢٢١ .

المناقشة والترجيح :

يمكن مناقشة القول الرابع ، بأن إثبات الجهالة وعدم البصيرة أمر صعب، كما أن ادعاء الجهالة وعدم البصيرة في الردة أمر يحسنه كل أحد، فلا يعتبر ضابطاً دقيقاً، كما يمكن مناقشة القول الخامس بأن التفريق بين من ولد من أبوين مسلمين، وبين من ولد من أبوين كافرين غير دقيق أيضاً، لأنه قد يوجد الذي ولد من أبوين مسلمين ولا يعرف من الإسلام إلا اسمه، وقد يوجد الذي ولد من أبوين غير مسلمين ويكون عارفاً بالإسلام معرفة جيدة، فمسألة العهد بالإسلام وبعد العهد بالإسلام، ليست معياراً موضوعياً واضحاً، كما أن أدلة القولين الرابع والخامس تقومان على النظر العقلي ليس غير، واتباع الأدلة النقلية أولى، وقد تمسك بها أصحاب القول الأول القائلين بالوجوب، وأصحاب القول الثاني القائلين بالمنع، وأصحاب القول الثالث القائلين بالاستحباب.

وتبدو هذه الأقوال الثلاثة في ظاهرها متعارضة، ومع هذا فإنه يمكن رفع التعارض بينها بالجمع والتوفيق بين القول الأول القائل بأن الاستتابة واجبة، وبين القول الثالث القائل بأن الاستتابة ممتنعة، وذلك بجعل أدلة القول الأول مقيدة، وأدلة القول الثالث مطلقة، فيحمل المطلق على المقيد ويترجح القول الأول بأن الاستتابة واجبة، كما يمكن التوفيق بين القول الأول بأن الاستتابة واجبة، وبين القول الثالث بأن الاستتابة مستحبة وذلك بترجيح القول الأول على القول الثالث، لأن القول بأن الاستتابة واجبة متضمن القول بأن الاستتابة مستحبة، وليس العكس كذلك، علاوة على أن أدلة القول الأول أقوى، وهي الأحوط في الدماء، وبهذا يترجح القول الأول القائل بأن الاستتابة واجبة، وهو مارجحه ابن حجر بقوله " وهي

أقوى من الروايات الساكتة " [١] .

المبحث الثالث

زمن الاستتابة

ونعني بزمن الاستتابة مرات الاستتابة ومدتها، وقد اختلف القائلون بزمن الاستتابة على تسعة أقوال، فنفصل القول فيها على النحو الآتي :

القول الأول : الاستتابة مرة واحدة :

وهو أحد قولي الشافعي، والمستحب عند الحنفية، ورواية عن مالك، وقول ابن المنذر [٢]وقد استدلوا بما يلي :

١ - قوله تعالى « فقاتلوهم أو يسلمون » [٣] قال الموصلي : والمراد بهم أهل الردة فعلاً، وهو مروي عن ان عباس وجماعة من المفسرين [٤] .

٢ - عن ابن مسعود رضي الله عنه "أن قوماً ارتدوا عن الإسلام من أهل العراق، فكتب فيهم إلى عثمان ابن عفان رضي الله عنه، فرد عثمان أن اعرض عليهم دين الحق وشهادة أن لاإله إلا الله، فإن قبلوها فخل سبيلهم، وإن لم يقبلوها قاتلهم، فقبلها بعضهم فتركه، ولم يقبلها بعضهم

---

(١) فتح الباري ١٢ : ٢٦٩، ٢٧٥، جامع الأصول ٣ : ٤٨٢ .

(٢) الاختيار٤ : ١٤٦، الاستذكار٢٢: ١٣٩، ١٤٧، منح الجليل ٩ : ٢١٢، مغني المحتاج ٤ : ١٤٠، نهاية المحتاج ٧ : ٤١٩، المغني ٨ : ٢٢٥، المحلى ١١ : ١٩١

(٣) الفتح ١٦ .

(٤) الاختيار ٤ : ١٤٦ .

فقتله" [1] وجه الاستدلال أن ظاهر قول عثمان رضي الله عنه، المرة الواحدة، لأنه لو كان يريد أكثر من ذلك لنص عليه .

٣ - وعن على رضي الله عنه " أنه أتاه شيخ كان نصرانياً فأسلم ثم ارتد عن الإسلام فقال له علي : لعلك أردت أن تصيب ميراثاً ثم ترجع إلى الإسلام؟ فقال لا ، قال : لعلك خطبت امرأة فأبوا أن يزوجوكها ، فأردت أن تتزوجها ثم تعود إلى الإسلام ؟ قال لا ، قال : فارجع إلى الإسلام ، قال : لاحتي ألقى المسيح ، فأمر علي رضي الله عنه به فضرب عنقه، ودفع ميراثه إلى وِلْدِهِ المسلمين " [2].

وجه الاستدلال : أن علياً عرض عليه الإسلام مرة واحدة ليس غير، فدل هذا على أن المرتد يستتاب مرة واحدة .

٤ - وعن أبي عمرو الشيباني أن المسور العجلي تنصر بعد إسلامه، فبعث به عتبة بني أبي وقاص إلى علي رضي الله عنه فاستتابه فلم يتب، فقتله [3]

وجه الاستدلال : أن علياً استتاب العجلي مرة واحدة، ولو كان يجب أكثر من المرة، لفعله علي رضي الله عنه، فدل ذلك على أن المرتد يستتاب مرة واحدة.

٥ - وعن ابن جريج قال : قال عطاء في الإنسان يكفر بعد إسلامه :" يدعى إلى الإسلام فإن أبى يقتل " [4] وجه الاستدلال : أن قوله " يدعى إلى

---

(١) مصنف عبد الرزاق ١٠ : ١٦٨ رقم ١٨٧٠٧، المحلى ١١ : ١٩٠ .

(٢) مصنف عبدالرزاق ١٠ : ١٦٩ رقم ١٨٧٠٩، المحلى ١١ : ١٩٠ .

(٣) المحلى ١١ : ١٩٠ ، الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٠ ، الاستذكار ٢٢ : ١٤٣، مصنف عبدالرزاق ٦ : ١٠٥ رقم ١٠١٣٩ .

(٤) المصنف في الأحاديث والآثار ١٠ : ١٣٩ رقم ٩٠٣٩ .

الإسلام " يعني يستتاب، وهو مطلق، فينصرف إلى فرد شائع، فيتناول الحكم مرة واحدة .

القول الثاني : الاستتابة ثلاث مرات :

وهو قول الزهري والشعبي ورواية عن مالك [1]، فقد روى ابن جريج عن الزهري أنه قال: "إذا أشرك المسلم دُعيٌّ إلى الإسلام ثلاث مرات، فإن أبى ضُربَ عنقه"[2]، وروى أبويوسف عن الشعبي مثله [3]، وقال أبوحنيفة : يستحب استتابته ثلاث مرات في ثلاث جمع، كل جمعة مرة [4]، واستدلوا بما يلي :

١ - عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : يُستتاب المرتد ثلاثاً، فإن تاب تُرك، وإن أبى قُتل [5] .

٢ - وعن عثمان رضي الله عنه أنه كفر إنساناً بعد إيمانه، فدعاه إلى الإسلام ثلاثاً فأبى ، فقلته [6] . وأما مارواه ابن عمير بسنده أن النبي صلى الله عليه وسلم استتاب نبهان أربع مرات [7] ففي سنده العلاء بن هلاك، وهو متروك الحديث [8] .

٣ - ويروى عن علي رضي الله عنه أنه قال يُستتاب المرتد ثلاثاً، وتلا قوله

---

(١) المغني ٨ : ١٢٥، المحلى ١١ : ١٩٠، الاستذكار ٢٢ : ١٤٦، منح الجليل ٩ : ١١٢، إعلاء السنن ١ : ٥٥٦، الصارم المسلول ٣٢١.

(٢) مصنف عبدالرزاق ١٠: ١١ رقم ١٨٦١٣، المصنف في الأحاديث والآثار ١٠ : ١٣٨ رقم ٩٠٣٥ .

(٣) إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٦ .

(٤) المجموع ١٩ : ٢٣٠ .

(٥) المصنف في الأحاديث والآثار ١٠ : ١٣٨ رقم ٩٠٣٦ .

(٦) مصنف عبدالرزاق ١٠ : ١٦٤ رقم ١٨٦٩٢و المحلى ١١ : ١٩٠، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٦ .

(٧) مصنف عبدالرزاق ١٠ : ١٦٦ رقم ١٨٦٩٩.

(٨) نيل الأوطار ٧ : ٢١٧، تلخيص الحبير ٤ : ٤٩ رقم ١٧٤٣ .

تعالى « إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا » (١) .

القول الثالث : الاستتابة ثلاثة أيام :

وهو قول الإمامين مالك وأحمد، وأحد قولي الشافعي، وجوباً، وقول للحنفية استحباباً إذا طلب المرتد الإمهال (٢)، واستدلوا بما يلي :

١ - قوله تعالى « تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ذلك وَعْدٌغير مكذوب » (٣)، قال الماوردي : "قضى الله تعالى بعذاب قوم ثم أنظرهم ثلاثاً، فدل ذلك على اعتبار هذه المدة مهلة لعقوبة المرتد في نظر الشرع " (٤) .

٢ - عن عبدالله القاري عن أبيه، "أنه قَدِمَ على عمر رضي الله عنه رجلٌ من قِبَلِ أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، فسأله عن الناس فأخبره ثم قال : هل من مغربة من خبر ؟ قال : نعم ، كفر رجل به إسلامه، قال فماذا فعلتم به ؟ قال : قربناه فضربنا عنقه، فقال عمر رضي الله عنه : هلا حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يومٍ رغيفاً، واستتبتموه، لعله يتوب ويراجع أمر الله، اللهم إني لم أحضر ولم أرض إذ بلغني» (٥)، وجه الاستدلال : قوله " ثلاثاً " يعني ثلاثة أيام وليس ثلاث مرات، لقوله فيما بعد " وأطعمتموه

---

(١) البدائع ٧ : ١٣٥ .

(٢) المبسوط ١٠ : ٩٨ ـ ٩٩، الاختيار ٤ : ١٤٦، البحر الرائق ٥ : ١٢٥، مجمع الأنهر ٢ : ٦٨٠، البدائع ٧ : ١٣٤، شرح الخرشي ٨ : ٦٥، الشرح الكبير ٤ :٣٠٤، الشرح الصغير ٤ :٣٤٦، تبصرة الحكام ٢ : ١٩٣، منح الجليل ٩: ٢١٢، الاستذكار ٢٢ : ١٣٩، مواهب الجليل ٦ : ٢٨١، الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٩، المجموع ١٩ : ٢٢٦، مغني المحتاج ٤ : ١٤٠، نهاية المحتاج ٧ : ٤١٩، المبدع ٩ : ١٧٤، المحلى ١١ : ١٩١، المغني ٨ : ١٢٥، الذخيرة ١٢ : ٣٩، فتح الباري ١٢ : ٢٧٠ .

(٣) هود ٦٥ .

(٤) الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٩ .

(٥) تقدم تخريجه .

كل يومٍ رغيفاً " فدل على أن المراد ثلاثة أيام، وعلى هذا القول ، فالعبرة بالأيام لابالمرات.

٣ - قال التهانوي " ولأنه مدة ضُربت لإبلاء الأعذار، بدليل حديث حبان بن منقذ في الخيار ثلاثة أيام " [١].

٤ - واستدلوا بالمعقول قال الماوردي : لأن المقصود من الاستتابة، استبصاره في الدين، ورجوعه إلى الحق، وذلك مايحتاج فيه إلى الارتياء والفكر، فأمهل بما يقدَّر في الشرع من مدة أقل الكثير، وأكثر القليل وذلك ثلاثة أيام [٢].

القول الرابع : الاستتابة عشرون يوماً :

ذكره بعض العلماء ولم ينسبوه لأحد [٣]، واستدلوا له بما يلي :

عن أبي بُردة "أن معاذاً رضي الله عنه قَدِمَ على أبي موسى الأشعري رضي الله عنه باليمن، فوجد عنده رجلاً موثقاً، دعاه عشرين ليلة أو قريباً من ذلك ، فقال معاذ: من هذا ؟ قال : رجل كان يهودياً فأسلم ثم راجع دينه فتهود، فدعاه معاذ فرفض، فقال معاذ : لاأجلس حتى يُقتل، قضاء الله ورسوله، قالها ثلاث مرات، فأمر به فقُتِلْ " [٤]، وجه الاستدلال : أن أبا موسى الأشعري رضي الله عنه استتابه عشرين يوماً أو نحواً من ذلك، ثم إن معاذاً استتابه فلم يتب، فأمر بقتله، فدل هذا على أن هذه المدة كافية لاستتابة المرتد، ولو كان يجوز أكثر من ذلك لما طَلبَ معاذ قتله .

(١) إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٧ .

(٢) الحاوي الكبير ١٣ : ١٦٠، البدائع ٧ : ١٣٥ .

(٣) المغني ٨ : ١٢٥، الصارم المسلول ٣٢٤، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٧ .

(٤) فتح الباري ١٢ : ٢٧٥، المغني ٨ : ١٢٥، الصارم المسلول ٣٢٤ .

القول الخامس : الاستتابة شهر :

وهو قول الإمام علي رضي الله عنه [١]، ودليل هذا القول مايلي :

١ - روى عثمان النهدي أن علياً رضي الله عنه استتاب رجلاً كفر بعد إسلامه، شهراً فلم يتب فقتله [٢].

٢ -" أن معاذاً رضي الله عنه قَدِمَ على أبي موسى الأشعري رضي الله عنه باليمن، فوجد عنده رجلاً موثقاً دعاه شهراً، فقال معاذ: من هذا؟ قال : رجل كان يهودياً فأسلم، ثم راجع دينه فتهود، فدعاه معاذ فرفض، فقال معاذ : لا أجلس حتى يقتل ، قضاء الله ورسوله، قالها ثلاث مرات، فأمر به فقُتِلْ " [٣]، وجه الاستدلال أنه وقع في هذا الرواية أن أبا موسى الأشعري استتابه شهراً، فدل هذا على تعيين هذه المدة لاستتابة المرتد.

القول السادس : الاستتابة أربعون يوماً :

وهو قول قتادة ، فقد روى أن رجلاً يهودياً أسلم ثم ارتد عن الإسلام ، فحبسه أبوموسى الأشعري أربعين يوماً يدعوه إلى الإسلام حتى جاء معاذ فرآه عنده فقال : " لا أنزل حتى تضرب عنقه، فلم ينزل حتى ضُربت عنقه " [٤]، وجه الاستدلال أنه وقع في هذه الرواية أن أبا موسى الأشعري استتابه شهراً، فدل هذا على تعيين هذه المدة لاستتابة المرتد .

---

(١) الاستذكار ٢٢ : ١٣٩، المغني ٨ : ١٢، المنهاج شرح صحيح مسلم ١٢ : ٢٠٨، نيل الأوطار ٧ : ٢٢١ .

(٢) مصنف عبدالرزاق ١٠ : ١٦٤ رقم ١٨٦٩١، فتح الباري ١٢ : ٢٧٠، المغني ٨ : ١٢٦، الاستذكار ٢٢ : ١٤٢، ١٤٣ .

(٣) الصارم المسلول ٣٢٤ .

(٤) الاستذكار ٢٢ : ١٤٣، ١٤٤، المحلى ١١ : ١٩١، المغني ٨ : ١٢٥ .

القول السابع : الاستتابة شهران :

ذكره بعض العلماء ولم ينسبوه لأحد(١) واستدلوا بما يلي :

عن أبي بردة قال : " قَدِمَ على أبي موسي الأشعري رضي الله عنه، معاذ بن جبل رضي الله عنه، وإذا برجل عنده، فقال : من هذا ؟ قال : رجل كان يهودياً فأسلم ثم تهود، ونحن نريده عن الإسلام منذ شهرين، فقال معاذ : لا أقعد حتى تضربوا عنقه قضاء الله ورسوله " (٢)، وجه الاستدلال على هذه الرواية، أن أبا موسى الأشعري رضي الله عنه كان قد استتابه قبل قدوم معاذ رضي الله عنه عليه شهرين ، فدل هذا على أن مدة الاستتابة تكون شهرين للمرتد .

القول الثامن : الاستتابة مائة مرة :

وهو قول للحسن البصري ، قال ابن عبدالبر : واختلفوا في النقل عن الحسن البصري، فروي عنه أنه قال يقتل المرتد دون استتابة، وروي عنه أنه قال : يُستتاب مائة مرة(٣)، والمشهور عنه هو الأول (٤)، ولم يذكر له دليلاً في ذلك .

القول التاسع : الاستتابة أبداً وعدم القتل :

وهو قول النخعي والثوري (٥)، وقد استدلا بما يلي :

١- عن أنس رضي الله عنه أن " أبا موسى الأشعري رضي الله عنه قتل حجينة

---

(١) المحلى ١١ : ١٩١ .

(٢) مصنف عبدالرزاق ١٠: ١٦٨ رقم ١٨٧٠٥، المصنف في الأحاديث والآثار ١٣٨ رقم ٩٠٣٧، سنن النسائي بشرح السيوطي ٧ : ١٠٥، الاستذكار ٢٢ : ١٤٤، المحلى ١١ : ١٩١، المغني ٨ : ١٢٥، الفتح الرباني ١٦ : ٦٨ .

(٣) الاستذكار ٢٢ : ١٤٥، المحلى ١١:١٨٩ ذكر القول ولم يذكر القائل .

(٤) الحاوي الكبير ١٣: ١٥٨، شرح السنة ١٠ : ٢٣٩، المغني ٨ : ١٢٤، نيل الأوطار ٧ : ٢٢١.

(٥) مصنف عبدالرزاق ١٠ : ١٦٦ رقم ١٨٦٩٧، فتح الباري ١٢: ٢٧٠، المجموع ١٩ : ٢٣٠، المحلى ١١ : ١٩١، المغني ٨ : ١٢٦، الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٩، نيل الأوطار ٧ : ٢٢١.

وأصحابه، قال أنس : قَدِمْتُ على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : مافعل حجينة وأصحابه ؟ قال أنس : فتغافلت عنه ثلاث مرات، فقلت : ياأمير المؤمنين ، وهل كان سبيل إلاّ القتل، فقال عمر رضي الله عنه : لو أتيتني بهم لعرضت عليهم الإسلام، فإن تابوا ، وإلاّ استودعتهم السجن " [1] ، وجه الاستدلال : قول عمر رضي الله عنه " فإن تابوا وإلا استودعتهم السجن " فيه إشارة نص على أن المرتد إذا لم يتب يودع السجن ولايقتل .

٣ - وعن أنس رضي الله عنه قال : " لما فتحنا تستر [2] قَدِمْتُ على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : ما فعل الستة الرهط من بكر بن وائل الذين ارتدوا عن الإسلام فلحقوا بالمشركين ؟ قال : قلتوا في المعركة، فاسترجع ، قلت: وهل كان سبيلهم إلا القتل؟ قال نعم : كنت أعرض عليهم الإسلام، فإن أبوا استودعتهم السجن " [3] وجه الاستدلال : أن عمر رضي الله عنه بيَّن أن عقوبة المرتد أن يودع السجن ولايقتل، فدل هذا الأثر العمري على دوام استتابة المرتد أبداً وعدم قتله.

وقد تبنى هذا القول بعض المعاصرين فقالوا : إن عقوبة المرتد من باب السياسة الشرعية، والحاكم فيها مُخَيَّر بين قتله أو سجنه أو تعزيره بحسب مايراه من العقوبة وفقاً للمصلحة [4] .

---

(١) المراجع السابقة، وانظر شرح معاني الآثار ٣ : ٢١٠ .

(٢) مدينة عظيمة من مدن خراسان تنسب إليها الثياب التسترية الجيدة، معجم البلدان ٢ : ٢٩ .

(٣) مصنف عبدالرزاق ١٠ : ١٦٥ رقم ١٨٦٩٦، الإستذكار ٢٢ : ١٤١، ١٤٢ تلخيص الجبير ٤ : ٥٠ ، المحلى ١١:١٩١ .

(٤) أصول النظام الجنائي الإسلامي ١٥٥، صحيفة الشرق الأوسط الجمعة ١٩٨٢/١١/٢٦ ملف الشرق الأوسط الفقهي، جريدة الخليج العدد ٣١٨١ الثلاثاء ٢٢ جمادى الأولى ١٤٠٨هـ الموافق ١٩٨٨/١/٢١م.

المناقشة والترجيح :

الناظر في القول الرابع " يستتاب عشرين يوماً " ، والقول الخامس " يستتاب شهراً " والقول السادس " يستتاب أربعين يوماً "، والقول السابع " يستتاب شهرين" يجد أنها تدور على اختلاف الروايات في قصة معاذ وأبي موسي الأشعري مع اليهودي الذي ارتد، ونرى أن هذه الأقوال ضعيفة، لأن هذه القصة واقعة حال، كثرت فيها الروايات والاحتمال، فيسقط بها الاستدلال من حيث عدد مرات الاستتابة، وتبقى تفيد في جملتها قتل المرتد لاجتماعها على هذا الحكم واختلافها في الاستتابة .

ومما يؤكد ضعف هذه الأقوال ، أن الروايات التي اعتمدتها ، متعارضة مع ماجاء في هذه القصة عن البخاري ومسلم، فقد أخرج البخاري من طريق أبي بردة عن أبي موسى الأشعري، " أن رجلاً أسلم ثم تهود ، فأتاه معاذ بن جبل رضي الله عنه فقال : مالهذا ؟ قال : أسلم ثم تهود ، قال : لاأجلس حتى أقتله، قضاء الله ورسوله" [1] ، وأخرج الإمام مسلم من طريق أبي بردة أيضاً " أن رسول الله صلي الله عليه وسلم بعث أبا موسي الأشعري على اليمن، ثم أتبعه معاذ بن جبل، فلما قَدِمَ عليه قال : انزل، وألقى إليه وسادة، وإذا برجل عنده موثق، قال : من هذا ؟ قال : هذا كان يهودياً فأسلم، ثم راجع دينه فتهود ، قال معاذ : لا أجلس حتى يُتقل، قضاء الله ورسوله، قالها ثلاث مرات، فأمر به فقتل " [2] . فهذه القصة عند البخاري ومسلم، ساكتة عن الاستتابة، غير مصرحة بعدد مرات الاستتابة، مما يدل

(١) فتح الباري ١٣ : ١٣٤ رقم ٧١٥٧، وانظر الاستذكار ٢٢ : ١٤٣ .

(٢) المنهاج شرح صحيح مسلم ١٠ : ٢٠٨، ٢٠٩ .

على أن اليهودي قتل دون مرات استتابة، والعلماء على أن ماجاء في البخاري ومسلم، مقدم على غيرهما، وبهذا يظهر ضعف تلك الأقوال الأربعة وضعف أدلتها .

وأما القول الثامن " يستتاب مائة مرة " فرواية مرجوحة عن الحسن البصري، بل نادرة ، والمشهور عنه القول يقتل المرتد دون استتابة (١) ، علاوة على أن هذا القول عري عن الأدلة فيكون ضعيفاً .

ونأتي إلى القول الأول : يستتاب مرة واحدة " والقول الثاني " يستتاب ثلاث مرات " والقول الثالث " يستتاب ثلاثة أيام " فهذه الأقوال الثلاثة متعارضة ، ومع هذا فإنه يمكن التوفيق بينها ودفع تعارضها بعون الله تعالى، وذلك باعتبار أدلة القائلين " يستتاب مرة واحدة " مطلقة، واعتبار أدلة القائلين " يستتاب ثلاث مرات" و " ثلاثة أيام " مقيدة، فيحمل المطلق على المقيد، ثم يُصار إلى التوفيق بين القائلين " ثلاث مرات " وبين القائلين " ثلاثة أيام " وذلك بجعل الاستتابة ثلاث مرات في ثلاثة أيام، كل يوم مرة، وهذا ما رجحه ابن قدامة وانتصر إليه بقوله : " وإنما تكون الردة لشبهة لاتزول في الحال، فوجب أن ينتظر مدة يرتئي فيها ، وأولى ذلك ثلاثة أيام للأثر فيها، ولأنها مدة قريبة " (٢)

ويبقى الإشكال في القول التاسع والأخير " يستتاب أبداً " استناداً إلى قول عمر رضي الله عنه : " كنت أعرض عليهم الإسلام ، فإن أبوا استودعتهم السجن " على ماتقدم، وقد أجاب العلماء عن هذا الإشكال في هذا الأثر بوجوه كثيرة :

١ - أنه مخالف لإجماع الصحابة، قال ابن المنذر " أجمع أهل العلم على أن

---

(١) الحاوي ١٣ : ١٥٨، شرح السنة ١٠ : ٢٣٩، المغني ٨ : ١٢٤ .

(٢) المغني ٨ : ١٢٦ ، وانظر الحاوي الكبير ١٣ : ١٦٠ .

العبد إذا ارتد فاستتيب ولم يتب قتل، ولا أحفظ فيه خلافاً " [1] وقال الإمام النووي" انعقد الإجماع على قتل المرتد " [2] وقال ابن قدامة " وهذا يفضي إلى أن لايقتل أبداً، وهو مخالف للسنة والإجماع " [3] .

٢ - أن هذا القول يؤدي إلى إبطال الجهاد وقتال الكفار، قال ابن حزم " ولو صح هذا القول لبطل الجهاد أبداً لأن الدعوة تصبح لازمة أبداً، وهو قول لا يقول به مسلم أبداً " [4] .

٣ - أن قول عمر رضي الله عنه في هذا المقام محمول على عدم إقامة الحدود في دار الحرب، قال بعض الفقهاء " وإذا سلمنا دلالته على الوجوب "فليس ذلك وجوب إهمال المرتد مطلقاً، بل النهي عن إقامة الحدود في دار الحرب " [5] .

٤ - أن قول عمر رضي الله عنه واقعة زمان " ولاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ؛ [6] قال السرخسي " إن طلب التأجيل كان مختصاً بذلك الوقت، لأنه كان فيهم من هو حديث عهد بالإسلام، فربما يظهر له شبهة ويتوب، وأما في زماننا، فقد استقر حكم الدين وتبين الحق، فالإشراك بعد ذلك

---

(١) الإجماع ١٣٥ .

(٢) المجموع ١٩ : ٢٢٨، المنهاج شرح صحيح مسلم ١٢ : ٢٠٨ .

(٣) المغني ٨ : ١٢٦ .

(٤) المحلى ١١ : ١٩٢ .

(٥) إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٥، وانظر حكم إقامة الحدود وتنفيذها بدار الحرب إعلام الموقعين ٣ : ١٧ ، ١٨ .

(٦) شرح القواعد الفقهية ٢٢٧، القاعدة ٣٨، المادة ٣٩ من مجلة الأحكام العدلية العثمانية .

يكون تعنتاً، فلا بأس بقتله " [1].

٥ - أن هذا الأثر العمري مطلق، وهو متعارض مع أثر سابق عن عمررضي الله عنه، يقيد فيه حبس المرتد ثلاثاً، " فهلا حبستموه ثلاثاً " [2]، فيحمل المطلق على المقيد، قال التهانوي " لاحجة لهم فيه، فقد ورد في حديث عبدالله القاري تقييد الحبس بثلاثة أيام، فعليه يحمل المطلق على المقيد، إذا كان مخرج الحديث واحداً، فإن قيل : هو مرسل، فجوابه أن مراسيل مالك موصولة يحتج بها، وأيضاً فقد وصل هذا المرسل الإمام الطحاوي في معاني الآثار " [3].

٦ - أن هذا الأثر محمول على من تجددت ردته وتواصلت شبهته وترجى توبته قال ابن عبد البر " يعني استودعهم السجن حتى يتوبوا، فإن لم يتوبوا قتلوا هذا لايجوز غيره لقوله صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه فاقتلوه. [2] وقال ابن حجر: إن هذا فيمن تكررت ردته " [4] وقال الإمام الطحاوي " وأجابوا عن فعل عمر رضي الله عنه أنه كان يرجوا له التوبة، بدليل أنه لم يوجب عليهم بقتلهم شيء، وبدليل قول عمر رضي الله عنه " فلعله أن يرجع " [5]، وفي رواية الشافعي رحمه الله تعالى " لعله يتوب

---

(١) المبسوط ١٠ : ٩٩ .
(٢) تقدم تخريجه .
(٣) إعلاء السنن ١٢: ٥٦٤ .
(٢) الاستذكار، ٢٢ : ١٤٢ .
(٤) فتح الباري ١٢ : ٢٧٠ .
(٥) شرح معاني الآثار ٣ : ٢١١ ، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٥.

ويراجع الله تعالى " [1]، و " لأن الشبهة قد تمتد ولا تنحصر " [2]، وإلى هذا ذهب الشيخ محمد أبوزهرة - رحمه الله تعالى - فقد تأول كلام النخعي والثوري بأن المراد منه تكرار الاستتابة حتى يكون اليأس من توبته ثم يكون القتل، قال أبوزهرة " وليس مؤداه الاستتابة الدائمة حتى يموت، فيكون تعطيلاً للحد، بل مؤداه تكرار الاستتابة مادام هنالك أمل في التوبة، فإن لم يكن ذلك الأمل، كان القتل لا محالة، والفرق بين هذا الرأي وبين غيره ، أنه لم يجعل للتوبة زمناً ولا عدداً، بل جعل الأمل في التوبة هو الذي يحدد الزمن، واليأس منها هو الذي ينهي الاستتابة" [3].

وهذا الوجه يعني : التوفيق بين قول عمر رضي الله عنه " وإلا استوعتهم السجن " وبين قوله السابق " فهلا حبستموه ثلاثاً " فيحمل القول الأول على من تجددت ردته واستمرت شبهته، ويحمل القول الثاني على من بانت شبهته وتحققت قناعته، ومع هذا أصر على الكفر عناداً واستكباراً فيقتل ، وهذا من الفقه الجيد في التوفيق بين الأخبار والآثار المتعارضة .

المبحث الرابع
المختلف في استتابتهم

اختلف الفقهاء في استتابة الزنديق، ومن تكررت ردته، وساب رسول الله صلى الله عليه وسلم، والساحر، أما الساحر، فنظراً لاتساعه، فقد أفردت له بحثاً

(١) نيل الأوطار ٧ : ٢١٧ .

(٢) مغني المحتاج ٤ : ١٤٠ .

(٣) العقوبة ١٧٦ .

مستقلاً، وأما الباقي، فنفصل كلاً منها في مطلب على النحو الآتي :

المطلب الأول
حكم استتابة الزنديق

اختلف الفقهاء في حكم استتابة الزنديق [1] على ثلاثة أقوال، فنفصلها على النحو الآتي :

القول الأول: الزنديق مرتد لايستتاب ولاتقبل توبته، ويقتل في الحال إذا انكشفت زندقته:

وهو مذهب الحنفية والمالكية ووجه للشافعية وحكاية عن أحمد [2] واستدلوا بمايلي:

١ - قوله تعالى " والله يشهد إن المنافقين لكاذبون، اتخذوا أيمانهم جُنَّة فصدوا عن سبيل الله إنهم ساء ماكانوا يعلمون" [3] وجه الاستدلال :" أن الله تعالى يشهد على المنافقين في هذه الآية بالكذب فلا معني لتوبتهم، لأنها توبة غير صادقة حتى وإن حلفوا على صدق التوبة، فإنما هي تقية يتقون

(١) الزنديق : من يُظهر الإسلام ويُخفي الكفر، مغني المحتاج ٤٤١، الذخيرة ١٢: ٣٧، وقال النووي هو الذي لا ينتحل ديناً، نهاية المحتاج ٧ : ٤١٩، وقال محمد بن معن : الزنادقة قوم يقولون ببقاء الدهر والتناسخ، فتح الباري ١٢ : ٢٧١، وهنالك من يرى أن الزنديق والمنافق سواء ، وأن الزنديق كان يسمى في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم منافقاً، الشرح الصغير ٤ : ٤٣٨، وهنالك من فَرَّقَ بينهما فقال : المنافق من يُضمر العداوة للمسلمين ويُظهر المحبة لهم، فهو يُظهر خلاف مايُبطن، وأما الزنديق فهو من أتباع ديصان ثم ماني ثم مذك، فتح الباري ١٢: ٢٧٠ - ٢٧١، نيل الأوطار ٧ : ٢١٨، وهنالك من فَرّقَ بين المنافق والدهري : كذلك مع إنكاره البعث، والملحد : من مال عن الشرع القويم إلى جهة من جهات الكفر، رد المحتار ٤ : ٢٤١.

(٢) رد المحتار ٤ : ٢٤، حاشية دسوقي ٤ : ٣٠٢، الاستذكار ٢٢ : ١٣٧، ١٤٦، الحاوي ١٣ : ١٥٢، المنهاج شرح صحيح مسلم ١ : ٢٠٦، ٢٠٧، المغني ٨ : ١٢٦، الإنصاف ١٠ : ٣٣٢ ، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٩ .

(٣) المنافقون ١ ، ٢ .

فيها حدة الردة " [١] .

٢ - قوله تعالى " ياأيها النبي جاهد الكفار والمنافقين واغلظ عليهم » [٣] قال الحسن وقتادة : بإقامة الحدود عليهم، وقال ابن جريج : باللسان وتغليظ الكلام وترك الرفق بهم [٣] ، وعلى المعنيين، فإن الغلظة تعني أنه إذا انكشف الزنديق وجب إقامة حد الردة عليه بلا هوادة ولا شفقة، وهذا يعني عدم استتابته ولاقبول توبته[٤] .

فإن قيل هذه الآية معارضة بقوله تعالى « ولاتطع الكافرين والمنافقين ودع أذاهم » [٥] فهي تفيد ترك المنافقين وعدم قتلهم، فجوابه : أن هذه الآية منسوخة، قال زيد بن أسلم قوله تعالى « جاهد الكفار والمنافقين نسخت ماكان قبلها » [٦] .

٣ - قوله تعالى « إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم» [٧] ، وجه الاستدلال : أن الزنديق لايعرف صلاحه، ولايطلع على نبته أحد، لأن الفساد إنما أتى مما أسره، فإذا اطلع عليه وأظهر الإقلاع

---

(١) الصارم المسلول ٣٤٧ .
(٣) التوبة ٧٣، ٧٤ .
(٣) الصارم المسلول ٣٤٧ .
(٤) المرجع السابق ٣٤٧ .
(٥) الأحزاب ٤٨ .
(٦) الصارم المسلول ١٧٩ .
(٧) آل عمران ٨٨ .

عنه، لم يزد على ماكان عليه [1].

٤ - وعن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه "أنه مر بمسجد بني حنيفة ، فإذا هم يؤمنون بمسيلمة، فجاءهم فاستتابهم غير ابن النواحة قال له : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (لولا أنك رسول لضربت عنقك) فأنت اليوم لست برسول، إنما كنت تظهر الإسلام، قال أتقيكم به، فأمر به قرظة بن كعب ، فضرب عنقه"[2] قال الجصاص " فهذا مما يحتج به من لم يقبل توبة الزنديق، وذلك لأن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه استتاب القوم لأنهم كانوا مظهرين لكفرهم، وأما ابن النواحة فلم يستتبه لأنه أقر أنه كان مسراً للكفر مظهراً للإيمان على وجه التقية، وقد كان قتله بمحضر من الحصابة ومشورتهم " [3].

فإن قيل : يحتمل أنه قتله لذلك ويحتمل أنه تقله تلبية لتمني رسول الله صلى الله عليه وسلم قتله لو لم يكن رسولاً لمسيلمة، وقد وقع التصريح بذلك والعلة المصرح بها في الحكم أولى من العلة المستنبطة [4]، فجوابه أن عبدالله بن مسعود صرح بعلة أخرى وهي قوله " أينما كنت تظهر الإسلام ... " فيكون قد قتله لأجل الزندقة، ولامانع من اجتماع العلتين في القتل، وبذلك يظل هذا الدليل سليماً .

٥ - عن عبدالحميد بن عبيد عن أبيه قال : " كان أناس يأخذون العطاء

(١) إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٩ .

(٢) الاستذكار ٢٢ : ١٤٠، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٨ ، ٥٦٩ .

(٣) أحكام القرآن ٣ : ١٧٦، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٨ .

(٤) التمهيد في أصول الفقه ٤ : ٢٢٨، أصول الفقه للشيخ زهير ٤ : ٤٣٣ .

والأرزاق، ويصلون مع الناس، وكانوا يعبدوان الأصنام في السر، فأتى بهم علي رضي الله عنه، فوضعهم في المسجد ثم قال : أيها الناس، ماترون في قوم يأخذون العطاء والأرزاق ويعبدون هذه الأصنام ؟ قال الناس : اقتلهم ، قال : لا، ولكني أصنع بهم كما صنع بأبينا ابراهيم عليه السلام، فحرقهم بالناس " [1] وجه الاستدلال : أنه لما انكشف أمرهم، على أنهم زنادقة، حرقهم علي رضي الله عنه، فدل هذا على أن الزنديق يقتل ولايستتاب، ومثله ماجاء عن طريق أيوب بن النعمان قال " شهدت علياً رضي الله عنه في الرحبة [2]فجاءه رجل فقال : إن هنا أهل بيت لهم وثن في دار يعبدونه، فقام يمشي إلى الدار، فأخرجوا إليه بمثال رجل، قال فألهب علي عليهم الدار" [3] .

فإن قيل هذا الأثر والذي قبله من باب المشكل، لأنهما معارضان لما جاء عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لاتعذبوا بعذاب الله " [4] . يعني بالنار، فجوابه : أن علياً رضي الله عنه فعل هذا من باب القتل بالسياسة الشرعية لأن قوماً في عصره، غلوا فيه وقالوا له " أنت ربنا وخالقنا ورازقنا فحرقهم" [5]، فصار يحرق الغلاة

---

(١) المصنف في الأحاديث والآثار ١٠: ١٤٢ رقم ٩٠٥٢، وانظر رقم ٩٠٥٣، ٩٠٥٤ .

(٢) قرية بحذاء القادسية بالعراق على مرحلة من الكوفة، وهنالك رحبة دمشق وصنعاء وخنيس وغيرها ، معجم البلدان ٣ : ٣٣ .

(٣) المصنف في الأحاديث والآثار ١٠: ١٤٢ رقم ٩٠٥٣ .

(٤) فتح الباري ١٢:٢٦٧ رقم ، شرح مشكل الآثار ٧ : ٣٠٣ رقم ٢٨٦٤، سنن الترمذي ٣ : ١٠ رقم ١٤٨٣، المستند ١ : ٢٨٢، ٢٨٣ .

(٥) فتح الباري ١٢: ٢٧٠ .

والزناديق في عصره قمعاً لهذه الفتنة [1].

وهذا مافعله أبو بكر رضي الله عنه عندما استشرت الردة في عصره، روى الوليد بن مسلم عن سعيد بن عبدالعزيز " أن أبا بكر رضي الله عنه قتل أم فرقة الفزازية، قتل مُثلة، شد رجليها بفرسين ، ثم صاح بهما فشقاها " [2] قال الماوردي " وهذا لاتناهي منه في نكال القتل، وإن لم يكن متبوعاً فيه فلانتشار الردة في أيامه، وتسرع الناس إليها، لتكون هذه المثلة أشد زجراً لهم عن الردة، ومثله ماروي أن قوماً غلوا في علي رضي الله عنه وقالوا أنت إله، فأجج لهم ناراً وحرقهم فيها " [3].

٦ - وعن علي رضي الله عنه " أنه أتي إليه برجل قد تنصر، فاستتابه فأبى أن يتوب، فقتله، وأتى إليه برهط يصلون وهم زنادقة، وقد قامت عليهم بذلك الشهود العدول، فجحدوا وقالوا : ليس لنا دين إلا الإسلام، فقتلهم ولم يستتبهم ثم قال : أتدرون لم استتبت النصراني؟ لأنه أظهر دينه، فأما الزناديق فإنما قتلهم لأنهم جحدوا وقد قامت عليهم البينة "[4]، وجه الاستدلال أنه لما انكشف أمر الزناديق قتلهم ولم يستتبهم بعبارة النص، فدل هذا على أن الزنديق إذا انكشف أمره يقتل ولا يستتاب.

٧ - واستدلوا بالقياس على المحارب، فالزندقة أعظم فساداً في الأرض من

---

(١) الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٠، شرح مشكل الآثار ٧ : ٣٠٣ .

(٢) الحاوي الكبير ١٣: ١٥٠ .

(٣) المرجع السابق ١٣: ١٥٠ .

(٤) المغني ٨ : ١٤١، إعلاء السنن ١٢ : ٥٧١ .

الحرابة، لجمعها بين فساد الدين والدنيا، فلما لم تقبل توبة المحاربين بعد القدرة، فأولى ألا تقبل توبة الزنديق بعد انكشاف أمره، ولأن الظاهر من توبة الزنديق أنه يستدفع بها القتل، كما كان الظاهر من توبة المحارب استدفاع القتل، فوجب أن تحمل توبة الزنديق على توبة المحارب [(١)] .

٨ - واستدلوا بالمعقول ، فالغالب في الزنديق أنه مستمر على كفره في سره، وإنما يدفع القتل عن نفسه بإظهار التوبة، فلا فائدة في توبته، قال ابن قدامة " والزنديق لاتظهر منه علامة تبين رجوع وتوبته، لأنه كان مظهراً للإسلام مسراً للكفر، فإذا وقف على ذلك فأظهر التوبة، لم يزد على ما كان منه قبلها، وهو إظهار الإسلام " [(٢)] .

القول الثاني : الزنديق مرتد، يستتاب وتقبل توبته إن تاب وإلا قتل :

وهو مذهب الشافعية في الأصح، وقول للحنفية والحنابلة[(٣)] قال النووي " اختلف أصحابنا في توبة الزنديق فذكروا فيه خمسة أوجه، الأصوب فيها قبولها مطلقاً [(٤)]"، واستدلوا بما يلي :

١- قوله تعالى " إن المنافقين في الدرك الأسفل من النار ولن تجد لهم نصيراً، إلا الذين تابوا وأصلحوا واعتصموا بالله وأخلصوا دينهم لله فأولئك مع

---

(١) الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٢ .

(٢) المغني ٨ : ١٢٦، وانظر الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٢ .

(٣) رد المحتار ٤ : ٢٤١، ٢٤٢، إعلاء السنن ١٢: ٥٦٩، الحاوي الكبير ١٣: ١٥٢، مغني المحتاج ٤ : ١٤١، نهاية المحتاج ٧ : ٤١٩، المغني ٨ : ١٢٦، الإنصاف ١٠: ٣٣٣، أحكام القرآن للجصاص ٣ : ٢٧٤ .

(٤) المنهاج شرح صحيح مسلم ١ :٢٠٧.

المؤمنين .."[1] وجه الاستدلال : أن الله تعالى قبل توبة من تاب من المنافقين، والتصريح بقبول توبتهم فيه دلالة على قبول استتابتهم، وهذا ينطبق على الزنديق، لأن الزنديق منافق [2] .

ولكن يمكن أن يرد على هذا الدليل، أنه لايلزم أن يكون الاستثناء من جنس المستثنى، فتكون الآية غير دالة على قبول توبة المنافقين .

٢- قوله تعالى " والله يشهد إن المنافقين لكاذبون، اتخذوا أيمانهم جنة ... " [3]

وجه الاستدلال : " أن هذه الآية دلت على أن المنافق كاذب، ولكنه إذا أظهر الإيمان صار له وقاية يحصنه من القتل" [4] .

واعترض على هذا الدليل بأنه في غير محل النزاع، لأن هذه الآية دلت على أن المنافقين إذا أظهر الإيمان، ولم نطلع على سره فهو مؤمن في الظاهر لايجوز قتله، وهذا محل اتفاق بين الجميع، وإنما الخلاف في المنافق أو الزنديق إذا انكشف أمره [5] .

٣ - وعن الحسن رضي الله عنه " أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم خرجوا يطوفون فلقوا المشركين فهزموهم، فشذ منهم رجل، فتبعه رجل من المسلمين، فلما غشيه بالسنان قال : إني مسلم، فكذبه ثم أوجره السنان، فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قتلته بعد مازعم أنه

---

(١) النساء ١٤٥ : ١٤٦.

(٢) الشرح الصغير ٤ : ٤٣٨.

(٣) المنافقون ١ . ٢ .

(٤) إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٩ .

(٥) المرجع السابق ١٢ : ٥٦٩ .

مسلم، قال: يارسول الله إنما قالها متعوذاً، قال : فهلا شققت عن قلبه لتنظر صادق أم كاذب" [1]، وجه الاستدلال : أن الرسول صلى الله عليه وسلم اعتبر الشهادة إسلاماً في حق الكافر، فهي في حق الزنديق من باب أولى مادام يظهرها، وهذا يدل على أن الزنديق إذا أعلن التوبة تقبل منه ولايقتل.

٤- وعن عبيدالله بن عدي رضي الله عنه قال : بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم جالس بين ظهري الناس، إذ جاءه رجل فساره في قتل رجل من المنافقين، فقال صلى الله عليه وسلم " أليس يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ؟ قال بلى ولا شهادة له، قال : أليس يصلي ؟ قال بلى ولاصلاة له، قال صلى الله عليه وسلم " أولئك الذين نهاني الله عن قتلهم " [2]. وجه الاستدلال: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع من قتل المنافق مادام يظهر معالم الإسلام من الصلاة والشهادتين وعدم قتله باعتباره مستور الحال، قال ابن حزم " ولو حل قتله لما نهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك " [3].

واعترض عليه بأنه مرسل لأن عبيد الله بن عدي لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم [4].

٥ - وعن عبدالله قال: "قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم قسماً، فقال رجل:

(١) سنن أبي داود ٣ : ١٠٢، ١٠٣ رقم ٢٦٤٣، وانظر أسباب النزول ١٢٨ : ١٢٩.

(٢) مصنف عبدالرزاق ١٠: ١٦٣ رقم ١٨٦٨٨، الموطأ ١: ١٧١، مسند أحمد ٥ : ٤٣٣، نيل الأوطار ٧ : ٢٢٠ .

(٣) جامع الأصول ١ : ٢٤٩ رقم ٤١، وانظر هامش المحقق .

(٤) المحلى ٧ : ٢٢٠.

إنها قسمة ماأريد بها وجه الله تعالى، قال : فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فساررته في قتل هذا المنافق، فغضب لذلك غضباً شديداً واحمر وجهه. ثم قال أوذي موسى بأكثر من هذا فصبر " [١]، وجه الاستدلال : أن هذا الرجل باعتراضه على النبي صلى الله عليه وسلم أظهر نفاقه، ومع هذا، فقد منع عليه السلام الصحابي [٢] من قتله، فدل الحديث على أن المنافق أو الزنديق يصبر عليه ولايقتل.

اعترض على هذا الدليل ، بأن هذا الحديث جاء برواية أخرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " معاذ الله أن يتحدث الناس أني أقتل أصحابي" [٣] وفي هذه الرواية دلالة على أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقتله، وذلك مخافة الفتنة ، فإذا أمنت الفتنة جاز قتله لأن الحكم يدور مع سببه وجوداً وعدماً، قال ابن تيمية " وهذا يدل على أنه إذا أمنت الفتنة جاز قتله " [٤].

٦ - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كف عن قتال المنافقين بما أظهروا من الشهادة [٥] مع أن الله تعالى أخبره بباطنهم في قوله تعالى « ويحلفون

(١) المنهاج شرح صحيح مسلم ٧: ١٥٨، نيل الأوطار ٧ : ٢٢٠ .

(٢) قيل هو خالد، وقيل هو عمر رضي الله عنهما، المنهاج شرح صحيح مسلم ٧ : ١٥٨، قال ابن حجر " لاتنافي لاحتمال أن يكون كل منهما سأل ذلك" فتح الباري ٦ : ٦١٨.

(٣) المنهاج شرح صحيح مسلم ٧ : ١٥٩، جامع الأصول ١٠: ٩٠ رقم ٧٥٥٦ .

(٤) الصارم المسلول ١٧٨، ١٧٩.

(٥) الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٤، المغني ٨ : ١٢٧.

بالله أنهم لمنكم وماهم منكم ولكنهم قوم يفرقون » [1] وجه الاستدلال : أن الله تعالى أطلع الرسول صلى الله عليه وسلم عليهم وكان يعرفهم، وله مواقفه معهم بل كانوا أشهر من أن يخفوا وعلى رأسهم أبي بن أبي سلول وغيره [2] .

واعترض على هذا الدليل بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يطلع المنافقين بأعيانهم، وإنما اطلع عليهم مجملاً مبهماً من غير تعيين [3] لقوله تعالى « ومن حولك من الأعراب منافقون ومن أهل المدنية مردوا على النفاق لاتعلمهم نحن نعلمهم » [4] .

٧ - واستدلوا بالإجماع على أن أحكام الشرع تجري في الدنيا على الظاهر لا على الباطن، والزنديق مسلم في الظاهر، قال ابن حجر " أجمعوا على أن أحكام الدنيا تجري على الظاهر والله تعالى يتولى السرائر " [5] والزنادقة ممن أظهروا الإسلام فيتركوا وظاهرهم، وهو إجماع قوي يقوم على سند قوي من السنة النبوية، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إني لم أؤمر بأن أنقب عن قلوب الناس ولا أشق بطونهم " [6] .

---

(١) المجادلة ١٤ .

(٢) الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٤.

(٣) إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٩.

(٤) التوبة ١٠١ .

(٥) فتح الباري ١٢ : ٥٦٩، الحاوي ١٣ : ١٥٢، الذخيرة ١٢ : ٣٧ . ٣٨، منح الجليل٧ ٢٠٧، نيل الأوطار ٧: ٢٢٠.

(٦) المنهاج شرح صحيح مسلم ٧ : ١٦٣ .

ويعترض على هذا الدليل، بأنه في غير محل النزاع، لأننا مجمعون على أن أحكام الشرع تجري على الظاهر في حق الزنديق مستور الحال، وإما الخلاف فيمن انكشفت سريرته وظهرت منه علامة بينة على النفاق .

القول الثالث : إذا جاء الزنديق تائباً قبل انكشافه تقبل توبته وإلا فلا :

وهو قول أبي يوسف من الحنفية، ورواية عن مالك واختاره الأستاذ الاسفراييني وأبو منصور البغدادي من الشافعية [1]، وقد استلوا بما يلي :

أن توبة الزنديق على وجه الحقيقة لاتعرف إلا بذلك ، فهي توبة اختيار، وتوبة الاختيار تتضمن الصدق في الغالب، بخلاف توبة الاضطرار بعد انكشافه، فالغالب فيها أنها توبة تقية يتقي بها العقوبة .

المناقشة والترجيح :

إذا استعرضنا أدلة القول الأول من القرآن والسنة وفعل الصحابة والقياس والمعقول، نجدها ظاهرة الدلالة على قتل الزنديق من دون استتابة، وأن توبته بعد انكشاف سره من باب التقية، فتكون غير نافعة، أما أدلة القول الثاني ، فغالبها في غير محل النزاع، ولم يخل دليل منها من نقد أو اعتراض عليه، ومع قوة أدلة القول الأول، إلا أنني أرجح القول الثالث، لأنه فرق بين توبة الاختيار، وبين توبة الإجبار والاضطرار، وفرق بين توبة الزنديق قبل انكشاف أمره، وبين توبته بعد انكشاف سره، وهذا التفريق فقه جيد، وفقه وسط بين المانعين وبين المجوزين، ولاشك أن مجيء لازنديق تائباً قبل انكشاف سره باختياره، قرينة قوية على صلاح باطنه مع ظاهره، وسلامة سره مع جهره، والعمل بالقرائن القوية معتبر في كثير من

(١) إعلاء السنن ١٢:٥٦٩، الحاوي ١٣ : ١٥٢، الذخيرة ١٢:٣٧، ٣٨، منح الجليل ٧، ٢٠٧، نيل الأوطار ٧: ٢٢٠.

الأحكام الشرعية [١].

المطلب الثاني
استتابة من تكررت ردته

الذي تتكرر ردته، فيسلم ثم يرتد، ثم يسلم فيرتد وهكذا، تقبل توبته مطلقاً ولايقتل، أم لاتقبل توبته ويقتل؟ وإذا قلنا : تقبل أو قلنا يقتل، فهل يكون ذلك في المرة الثانية، أو فيما بعد من المرات؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال، فنفصلها على النحو الآتي :

القول الأول : تقبل توبته ولايقتل :

وتفصيل هذا القول أن توبته الأولى والثانية والثالثة تقبل، وفي الرابعة يضرب ضرباً مبرحاً، ثم يحبس في السجن ولايخرج منه إلا بعد إظهاره الخشوع والتوبة النصوح، وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية ورواية أحمد[٢]، واستدلوا بما يلي:

١ - قوله تعالى « فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم » [٣] وجه الاستدلال : أن هذه الآية دلت على قبول التوبة من الكافر، إن تاب وأقام الصلاة وآتى الزكاة، وعلق على هذه التوبة تخلية السبيل وعدم القتل، وهي عامة، فتشمل التائب من كفر أصلي أو من كفر طارىء وهو الارتداد.

(١) انظر بحثاً في " الإثبات بالقرائن " بكتاب " الفقه المقارن " أ.د. محمد رأفت عثمان وآخرون ٢٥١ - ٣٠٣ .
(٢) المبسوط ١٠ : ٩٩، مواهب الجليل ٦ : ٢٨٢، مغني المحتاج ٤ : ١٤٠، المغني ٨ : ١٢٧، البدائع ٧ : ١٣٥.
(٣) التوبة ٥ .

٢ - قوله تعالى « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » [١]، وجه الاستدال : أن الكافر إذا انتهى عن كفره ودخل الإسلام، يغفر الله له ماقد سلف من الذنب لأن الإسلام يَجُبُ ماقبله، والآية في كل كافر يتوب سواء أكان كافراً كفراً أصلياً أم طارئاً .

٣ - قوله تعالى « ولاتقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً » [٢] وجه الاستدلال : أن المراد بالسلام في هذه الآية الإسلام، قال العلامة الألوسي "معناه، ولاتقولوا لمن أظهر لكم مايدل على إسلامه، لست مؤمناً، وأنك فعلت ذلك خوف القتل، بل أقبلوا ماأظهره وعاملوه بموجبه " [٣] .

٤ - قوله تعالى « إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا .. » [٤] وجه الاستدلال : أن الله تعالى أثبت الإيمان بعد الردة، ثم أثبت الردة بعد الإيمان، ثم سمى العودة إلى الإسلام بعد الردة إيماناً، فدلت الآية على أن المرتد إذا كرر الردة ثم كرر الإيمان بعد ذلك، يقبل إيمانه ولايقتل، ونظراً لأن الآية كررت الكفر ثلاث مرار، قلنا بقبولها ثلاثاً، فإن زاد على الثالثة، علمنا أن مستهتر، فيضرب ويحبس حتى تظهر عليه علامات التوبة النصوح، قال العلامة الألوسي " ليس في الآية أن الإيمان لم يقبل منهم ولم يغفر لهم، وإنما المراد بالنفي، استبعاد وقوعه، فإن من تكرر منه الارتداد وازدياد الكفر، صار الإيمان منه

(١) الأنفال ٣٨ .
(٢) النساء ٩٤ .
(٣) روح المعاني ٣ : ١١٨.
(٤) النساء ١٣٧.

بعيداً " [1].

٥ - عموم وإطلاقات السنة الدالة على أن الذي يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، يصير مسلماً معصوم الدم، فعن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما، أن رسول لله صلى الله عليه وسلم قال " أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة، فإن فعلوا ذلك، عصموا مني دماءهم إلا بحق الإسلام وحسابهم على الله تعالى "[2]، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوا : لا إله إلا الله، عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله تعالى " [3]، وفي رواية أخرى " حتى يقولوا لا إله إلا الله، ويؤمنوا بي وبماجئت به ..." [4]، وعن أنس رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، فإذا شهدوا أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، واستقبلوا قبلتنا، وأكلوا ذبيحتنا، وصلوا صلاتنا، حرمت علينا دماؤهم وأموالهم

---

(١) روح المعاني ٥ : ١٧١ بتصرف .

(٢) فتح الباري١:٧٥ رقم ٢٥، المنهاج شرح صحيح مسلم١:٢١٢، شرح السنة ١:٦٧ رقم ٣٣، جامع الأصول ١:٢٤٥ رقم ٣٥، المسند ٢ : ٢٤٥ .

(٣) فتح الباري ٣ : ٢٦٢ رقم ١٣٩٩، و ١٢ : ٢٧٥ رقم ٦٩٢٤، المنهاج شرح صحيح مسلم ١ : ٢١٠، سنن الترمذي ٤ : ١١٧ رقم ٢٧٣٣، سنن النسائي بشرح السيوطي ٥ : ١٤ و ٧ : ٧٧ ، ٧٨، سنن أبي داود ٣ : ١٠١ رقم ٢٦٤٠، سنن ابن ماجة ٢ : ١٢٩٥ رقم ٣٩٢٧، المسند ٢ : ٣٧٧، ٤٧٥، ٥٠٢.

(٤) جامع الأصول ١ : ٢٤٦.

إلا بحقها، لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين " [١].

وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من شهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له، وأن محمداً رسول الله ، أدخله الله الجنة " وفي رواية أخرى عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " من شهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله ، حرم الله عليه النار " [٢]، وعن أبي ذر الغفاري رضي الله قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول " أتاني جبريل يقول : بشر أمتك أن من مات لايشرك بالله شيئاً دخل الجنة " [٣]، وعن عبدالله بن عمرو رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل امرىء مسلم " [٤]. وجه الاستدلال : أن عموم هذه الأحاديث تدل على أن الشهادة تعصم الدم والمال، والذي ارتد عن الإسلام ثم رجع إليه، ناطق بها، والأدلة مجردة عن عدد مرات الردة، فدلت الأحاديث على أن من تكررت ردته، ثم تكرر إسلامه، فلا يقتل وحاله على الإسلام، لأنه معصوم الدم، وإنما يعزر بالحبس لتحقيق التوبة النصوح.

---

(١) المسند ٣ : ١٩٩، ٢٢٥، سنن الترمذي ٤ : ١١٨ رقم ٢٧٣٥، سنن أبي داود ٣ : ١٠١، ١٠٢، رقم ٣٦٤١، سنن النسائي بشرح السيوطي ٧ : ٧٥، ٧٦و ٨ : ١٠٩، شرح السنة ١ : ٦٩ رقم ٣٤، جامع الأصول ١ : ٢٤٧، ٢٤٨ رقم ٣٨ المسند ٣ : ١٩٩، ٢٢٤.

(٢) فتح الباري ٦ : ٤٧٤ رقم ٣٤٣٥، المنهاج شرح صحيح مسلم ١ : ٢١٨، ٢١٩، جامع الأصول ٩ : ٣٥٦، ٣٥٧ رقم ٦٩٩٨ .

(٣) المنهاج شرح صحيح مسلم ٧ : ٧٦ .

(٤) سنن الترمذي ٢ : ٤٢٦ رقم ١٤١٤، سنن النسائي بشرح السيوطي ٧:٨٢، جامع الأصول ١٠ : ٢٠٨، ٢٠٩ رقم ٧٧٢٠.

٦ - وعن أسامة بن زيد رضي الله عنهما قال : بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم على سرية، فلقيت مرداس بن نهيك الضمري، وكان من أهل فدك، فقتلته، وكان يقول : لا إله إلا الله محمد رسول الله، فلما قدمت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أخبرته ، فقال " قتلت رجلاً يقول لا إله إلا الله " فقلت : يارسول الله ك إنما تعوذ من القتل ، قال : " كيف أنت إذا خاصمك يوم القيامة بلا إله إلا الله " ؟ قال : فما زال يرددها عليَّ حتى تمنيت لو أن إسلامي كان يومئذٍ ، فنزلت " وإذا ضربتم في الأرض فتبينوا ... لست مسلماً " [(١)] وجه الاستدلال : أن هذا الحديث دلّ على أن من شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، لايجوز قتله، وهو عام يتناول من يسلم ابتداءً ، أو يسلم بعد ردته مطلقاً سواء أكانت الأولى أو غيرها.

القول الثاني : تقبل توبته في المرة الأولى ويقتل في الثانية :

وتفصيل هذا القول أن توبته الأولى تقبل، فإذا ارتد في المرة الثانية، يقتل ولا تقبل منه توبة، ولا يستتاب وهو مذهب الحنابلة وأبي يوسف[(٢)] واستدلوا بما يلي:

١ - قوله تعالى « إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازداوا كفراً لم

(١) وفي رواية ثانية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسله إلى حرقة بن جهينة، أسباب النزول ١٢٩، ١٣٠، سنن أبي داود ٣ : ١٠٢ رقم ٢٦٤٣، وفي رواية ثالثة أنه أرسل المقداد وأن المقداد هو الذي قتله، أسباب النزول ١٢٨، سنن أبي داود ٣ : ١٠٣ رقم ٢٦٤٤، وفي رواية رابعة عن ابن عباس ذكر القصة ولم يذكر اسم القاتل من الصحابة، أسباب النزول ١٢٨، إعلاء السنن ٨ : ٦٠٨، ٦٠٩.

(٢) المبسوط ١٠ : ١٠٠، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٨و ٥٦٩، المغني ٨ :١٢٦، الإنصاف ١٠ : ٣٣٢، دقائق أولي النهى ٣ : ٣٩٠ .

يكنِ الله ليغفر لهم ولا ليهديهم سبيلاً » [1] وجه الاستدلال : قال البهوتي : " الازدياد يقتضي كفراً متجدداً، ولابد من تقديم الإيمان عليه " [2] ومراده والله أعلم، أن الذي يؤمن ثم يكفر ثم يؤمن ثم يكفر، يزداد كفراً بذلك، فلا يتصور إيمانه، لأن الإيمان بعد ذلك، يرفع الكفر اللاحق دون السابق فيظل كافراً، ولهذا نفى الله عنه الهداية والمغفرة، قال ابن الجوزي " وإنما علق امتناع المغفرة بكفر بعد كفر، لأن المؤمن بعد الكفر يغفر كفره، فإذا ارتد طُولب بالكفر الأول " [3]، وهذا يعني أنه لايتصور استتابته مرة ثانية، ولا فائدة من ذلك ، فيقتل .

واعترض على هذا، بأنه ليس المراد بالنفي، عدم قبول الإيمان أو المغفرة، وإنما المراد بالنفي، استبعاد وقوعه ممن تكررت ردته، وهذا يعني أنه إذا تاب بعد ذلك قبلت توبته [4] .

٢ - قوله تعالى «إن الذين كفروا بعد إيمانهم ثم ازدادوا كفراً لن تقبل توبتهم» [5]، وجه الاستدلال : في هذه الآية ، هو نفسه الاستدلال في الآية السابقة، فقد اعتبرت هذه الآية أن الذي يرجع بعد الإيمان إلى الفكر، يزداد كفراً بذلك، وإذا كان يزداد كفراً، فلا يتصور إيمانه بعد ذلك، ولهذا نفى الله عنه التوبة، وهذا يعني عدم استتابته وقتله في المرة الثانية.

واعترض على هذا الدليل، بأن الآية في حق من ازداد كفراً، بمعنى أو غل في

---

(١) النساء ١٣٧ .

(٢) دقائق أولي النهى ٣ : ٣٩٠.

(٣) زاد المسير ٢ : ٢٢٥.

(٤) روح المعاني ٥ : ١٧١.

(٥) آل عمران ٩٠ .

الردة ولم يرجع إلى الإسلام" لا في حق من آمن بعد ردته، وأظهر التوبة والخشوع ، ولأن الله تعالى سمى من عاد بعد الردة إلى الإسلام مؤمناً "[1].

٣ - وعن ظبيان بن عمارة "أن حارثة بن مضرب، من بني سعد، مر على مسجد بني حنيفة، فإذا بهم يقرأون برجز مسيلمة، وفي رواية وإذا هم يؤمنون بمسيلمة، فرجع إلى ابن مسعود رضي الله عنه ، وذكر ذلك له، فبعث إليهم، فاستتابهم فتابوا ، فخلى سبيلهم إلا رجلاً منهم يقال له ابن النواحة قال له : قد أتيت بك مرة، فزعمت إنك قد تبت، وأراك قد عدت، فقتله "[2]، وجه الاستدلال : أن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه استتاب القوم وقبل توبتهم لأنهم ارتدوا أول مرة، ولم يستتب ابن النواحة وقال له : قد أتيت بك مرة فزعمت أنك قد تبت، وأراك قد عدت، فقتله، فدل هذا على أن المرتد يقتل في الثانية.

واعترض على هذا الدليل بأن عبدالله بن مسعود رضي الله علنه قبل توبتهم، ولم يقتلهم، أما قتله ابن النواحة، فيحتمل لظهور كذبه في توبته، ويحتمل أنه قتله لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم له حين جاءه رسولاً لمسيلمة " لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتك " فقتله ابن مسعود رضي الله عنه تحقيقاً لذلك [3].

٤ - واستدلوا بالمعقود، فقالوا : إن تكرار ردته دليل على فساد عقيدته وقلة مبالاته بالإسلام [4]وقد تكون توبته في كل مرة من باب الستر فأشبه الزنديق،

(١) المبسوط ١٠ : ٩٩ ، شرح مشكل الآثار ٧ : ٣٠٨ .

(٢) المغني ٨ : ١٢٧، وقد تقدمت القصة بلفظ آخر في استتابة الزنديق.

(٣) المغني ٨ : ١٢٧.

(٤) دقائق أولي النهى ٣ : ٣٩٠.

قال ابن عباس في وصف من يكررون ردتهم " إنهم ارتدوا وعزموا على إظهار التوبة لستر أحوالهم، والكفر في ضمائرهم " [١].

ويعترض على هذا، بأن الشبهة قد تتكرر، وأن الإجماع منعقد على أن الأحكام تبنى على الظاهر والله تعالى يتولى السرائر. [٢]

القول الثالث : تقبل توبته في الأولى والثانية والثالثة ، ويقتل في الرابعة :

وهو مروي عن علي وابن عمر رضي الله عنهم، قال ابن عبدالبر " روي عن علي رضي الله عنه أنه قال : المرتد يستتاب فإن تاب قبل منه، ثم إن ارتد يستتاب، فإن تاب قبل منه، ثم إن ارتد يستتاب، فإن تاب قُبل منه، فإن ارتد بعد الثلاث قُتل ولم يستتب " [٣]، واستدلا بما يلي :

١ - قوله تعالى « إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً... » [٤]، وجه الاستدلال : أن هذه الآية كررت الكفر ثلاث مرات، فدل هذا على أن نهاية تكرار الكفر ثلاث مرات، والأصل قتله في المرة الثالثة، ولكنا نقول بقتله في الرابعة من باب الاحتياط في الدماء.

٢ - وعن ابن عمير " أن النبي صلى الله عليه وسلم استتاب نبهان أربع مرات " [٥]

(١) زاد المسير ١ : ٤١٩.
(٢) فتح الباري ١٢ : ٢٧٢، نيل الأوطار ٧ : ٢٢٠، إعلاء السنن ١٢ : ٥٦٩ .
(٣) الاستذكار ٢٢: ١٤٧، وانظر المبسوط ١٠: ٩٩، روح المعاني ٣ : ١٧١، المبدع ٩ : ١٧٩.
(٤) النساء ١٣٧.
(٥) مصنف عبدالرزاق ١٠ : ١٦٤ رقم ١٨٦٩٢ .

فيقاس عليه من تكررت ردته، لاشتراكهما في جنس الذنب وهو الردة .

ويجاب عن الدليل الأول، بأن الآية في الذين ازدادوا كفراً بالردة، لا في الذين آمنوا بعد ردتهم وأظهروا التوبة والخشوع [١]، كما يجاب عن الدليل الثاني بأنه ضعيف في إسناده العلاء بن هلال وهو متروك [٢].

المناقشة والترجيح :

بعد عرضنا للأقوال وأدلتها في هذه المسألة، نلحظ أنها نظرت إلى تكرار الردة بمعيار موضوعي، والأولى في هذه المسألة النظر بمعيار شخصي وهو حال المرتد وسبب ردته، فإن كانت ردته بلا شبهة، أو بشبهة متكررة، فالراجح في ذلك قول الحنابلة، وهو أن يقتل في الثانية، لأنه بذلك مستخف بالدين متهرب من العقوبة ولا فائدة من استتابته.

وأما إن كانت ردته بشبهة مستجدة ، وحاله حال الجاهل لا حال المتجاهل، فتقبل ردته وتوبته مطلقاً، بغض النظر عن عدد المرات، لأن الشبهة قد تتجدد، وقد لاتزول في الحال[٣]. فإن أظهر بعد ذلك الكفر والإصرار والعناد يقتل .

---

(١) المبسوط ١٠ : ٩٩ ، شرح مشكل الآثار ٧ : ٣٠٨.

(٢) نيل الأوطار ٧ : ٢١٧ .

(٣) المغني ٨ : ١٢٥، الحاوي الكبير ١٣ : ١٥٩ .

المطلب الثالث

استتابة سابّ رسول الله صلى الله عليه وسلم

اختلف الفقهاء في حكم سابٍّ رسول الله صلى الله عليه وسلم وتوبته، وهل يستتاب فإن تاب وإلا قتل،أو لايستتاب ويقتل ولا تقبل توبته؟ فنفصل القول في هذا على النحو الآتي :

القول الأول : ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتد يقتل ولايستتاب :

وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة [1]واستدلوا بما يلي :

أولاً : القرآن الكريم :

١ - قوله تعالى « ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب ، قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون ، لاتعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم » [2]وجه الاستدلال : أن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم، إما أن يكون سبه على سبيل الجحود بمحمد صلى الله عليه وسلم، وإما على سبيل الاستخفاف، فإن كان الأول فهو كفر بالاتفاق، وإن كان الثاني فهو كفر بصريح القرآن في هذه الآية.

---

(١) رد المحتار ٤ : ٢٣١ ، ٢٣٢، البحر الرائق ٥ : ١٣٥، مجمع الأنهر ٢ : ٦٩١، الدر المنتقى ١ : ٦٨١، الشرح الصغير ٤ : ٤٣٩، الذخيرة ١٢ : ١٨، مواهب الجليل ٦ : ٢٨٥، شرح الخرشي ٨ : ٧٠، مغني المحتاج ٤ : ١٣٥، الإنصاف ١٠ ٣٢٦، المغني ٨ : ١٥٠، دقائق أولي النهى ٣ : ٣٩٠، المحلى ١١: ٤٠٨، الشفا ٢ : ٢١١، ٢١٤، شرح الشفا ٢ : ٣٩٢، ٤٧٤، الصارم المسلول ٣٠٠: ٣١٣، ٥٢٥ .

(٢) التوبة ٦٥، ٦٦.

٢ - قوله تعالى « والذين يؤذون رسول الله لهم عذاب أليم » [١] وقوله تعالى « إن الذين يؤذون الله ورسوله لعنهم الله في الدنيا والآخرة وأعد لهم عذاباً مهيناً » [٢]، وجه الاستدلال : أن السب أفحش أنواع الإيذاء، والآيتان وإن ذكرتا العقوبة الأخروية ولم تذكرا العقوبة الدنيوية، فالإجماع منعقد على أن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل، فيكون مخصصاً للآيتين ، وسوف نجلي الإجماع بعد دليلي القرآن والسنة .

٣ - قوله تعالى « ومنهم من يلمزك في الصدقات » [٣]، وجه الاستدلال : أن السب نوع من اللمز فيتضمنه، وقد دلت مناسبة هذه الآية على أن من يلمز رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل، فكذلك سابه، لأن السب فرع عن اللمز، روى قتادة " أتى رجل من أهل البادية - حديث عهد بأعرابية- إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقسم ذهباً وفضة، فقال : يامحمد، والله لئن كان الله أمرك أن تعدل ماعدلت، فقال النبي صلى الله عليه وسلم :" ويلك فمن ذا الذي يعدل عليك بعدي؟ ثم قال: " احذروا هذا وأشباهه، فإن من أمتي أشباه هذا يقرأون القرآن ولايجاوز تراقيهم، فإذا خرجوا فاقلتوهم . . . [٤]، وجه الاستدلال: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوصى بقتل هؤلاء اللمازين ونظائرهم بصريح الحديث، والسب فرع عن اللمز، فيكون حكمه القتل ولايستتاب.

---

(١) التوبة ٥٨ .

(٢) الأخزاب ٥٧.

(٣) التوبة ٥٨.

(٤) تفسير القرآن العظيم ٢ : ٣٩٣.

ولكن هذا الحديث مشكل في دلالته، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقتله، وأيضاً لا ندري أعلة القتل هي اللمز برسول الله صلى الله عليه وسلم، أم الخروج عن طاعة الإمام وأمره؟ علاوة على أن الحديث جاء بروايات أخرى.[1]

٤ - قوله تعالى « وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين »[2]، وقد بيّن الله تعالى سبب رفضه السجود لآدم بقوله « أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين »[3]، وجه الاستدلال : أن الله تعالى سمى إبليس كافراً لأنه رفض السجود لآدم عليه السلام، وكان متضمناً معنى الشتم بقوله « أنا خير منه ... » فتكون الآية دالة على أن شاتم آدم عليه السلام كافر، وليس في الآية مايدل على خصوصية آدم عليه السلام، فيعم الحكم جميع الأنبياء، وفي مقدمتهم محمد صلى الله عليه وسلم[4].

٥ - قوله تعالى « إنَّ شانئك هو الأبتر »[5] قال ابن تيمية رحمه الله تعالى " فكل من شنأه وأبغضه وعاداه، فإن الله تعالى يقطع دابره، ويمحق عينه وأثره، ومن الكلام السائر، لحوم العلماء مسمومة، فكيف بلحوم

(١) فتح الباري ٦ : ٦١٧، ٦١٨ رقم ٣٦١٠، المنهاج شرح صحيح مسلم ٧ : ١٦٥، ١٦٦ ومابعدها، الفتح الرباني ٢٣ : ١٥٠ -١٥١، سنن أبي داود ٥ : ١٢٣ رقم ٤٧٦٥ .

(٢) البقرة ٣٤.

(٣) الأعراف ١٢ .

(٤) الصارم المسلول.

(٥) الكوثر ٣ .

الأنبياء"[1] ومحق العين وقطع الدابر يكون بكفره وقتله .

٦ - قوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا لاترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي ولاتجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض أن تحبط أعمالكم وأنتم لاتشعرون » [2] قال ابن حزم " نص الله تعالى على إحباط من رفع صوته على صوت النبي صلى الله عليه وسلم، وإحباط العمل لايكون إلا بالكفر"[3] والسبب أفحش من رفع الصوت فيكون كفراً من باب أولى ، ويكون فاعله مرتداً يستحق القتل.

ثانياً : السنة النبوية :

١ - عن علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من سبَّ الأنبياء قُتِل، ومن سبَّ أصحابي جُلِد" [4]، قال ابن تيمية " والحكم في سبِّ سائر الأنبياء كالحكم في سبِّ نبينا وهو القتل " [5] .

٢ - وعن عكرمة أن رجلاً كان يسب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال " من يكفيني عدوي ؟ فقال الزبير رضي الله عنه : أنا يا رسول الله، فبارزه الزبير فقتله، فأعطاه النبي صلى عليه وسلم سلبه " [6] .

---

(١) الصارم المسلول ١٦٥.

(٢) الحجرات ٢ .

(٣) المحلى ١١ : ٤١٢.

(٤) فيض القدير ٦ : ١٢٧ رقم ٨٧٣٥، كنز العمال ١١ : ٥٣١ رقم ٣٢٤٧٨.

(٥) الصارم المسلول ٥٦٥.

(٦) مصنف عبدالرزاق : ٣٠٧ رقم ٩٧٠٤.

٣ - وعن عروة عن رجل من بلقين قال : كان رجل يشتم النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " ... من يكفيني عدواً لي ؟ فقال خالد رضي الله عنه : أنا يارسول الله، فبعثه إليه فقتله " [١]، وفي رواية أخرى " كانت امرأة تسب رسول الله صلى الله عليه وسلم ... " [٢]، وجه الاستدلال في هذين الحديثين : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلها من غير استتابة، فدل الحديثان على أن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل ولا يستتاب.

ويعترض على حديث عكرمة بأنه مرسل، لأن عكرمة تابعي، كما اعترض على حديث عروة بأنه رواه عن مجهول، كما يروى هذا الحديث بأن الذي قتله الزبير رضي الله عنه، ومرة أنه خالد بن الوليد رضي الله عنه.
ويجاب عن هذا بأن مراسيل عكرمة وعروة قوية لأنها في الغالب سماع من ابن عباس رضي الله عنهما، وأن مجيء هذه الواقعة من طريقين يرفع درجتها إلى الصحيح، وأما روايته مرة عن الزبير، ومرة عن خالد ابن الوليد، فلا تناقض فيه لاحتمال أن تكون قصتين لا قصة واحدة، وبذلك يرتفع التعارض.

٤ - روى الشعبي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه " أن يهودية كانت تشتم النبي صلى الله عليه وسلم، وتقع فيه، فخنقها رجل حتى ماتت، فأطل -أهدر- رسول الله صلى الله عليه وسلم دمها " [٣] قال ابن تيمية

(١) المحلى ١١ : ٤١٣، الصارم المسلول ٢٧.
(٢) مصنف عبدالرزاق ٥ : ٣٠٧ رقم ٩٧٠٥.
(٣) الصارم المسلول ٦١ .

"هذا الحديث نص في جواز قتلها لأجل شتمها رسول الله صلى الله عليه وسلم " [1] من غير استتابة .

٥ - وعن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن أعمى كانت له أم ولد تشتم النبي صلى الله عليه وسلم، فينهاها فلا تنتهي ، ويزجرها فلا تنزجر، فأخذ المغول -الخنجر- فوضعه في بطنها واتكأ عليه فقتلها ، فلما أصبح ، ذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال عليه السلام " اشهدوا أن دمها هدر" [2]، وجه الاستدلال : أنه لو لم يجز قتلها إلاّ بعد الاستتابة لبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك، ولفرض عليه القصاص أو الدية ، فدل هدره دمها على أن المرتد يقتل ولايستتاب .

٦ - وعن ابن عباس أيضاً أن امرأة من خطمة، يقال لها العصماء بنت مروان، هجت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال " من لي بها " ؟ فقال عمير بن عدي - من قومها - أنا يارسول الله، فنهض فقتلها، فقال صلى الله عليه وسلم " إذا أحببتم أن تنظروا إلى رجل نصر الله ورسوله بالغيب، فانظروا إلى عمير بن عدي " [3]، وجه الاستدلال : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلها ولم يأمر باستتابتها، فدل هذا على أن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل من غير استتابة.

٧ - وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن شيخاً من بني عمرو بن عوف يقال له

---

(١) المرجع السابق ٦١، ٦٢ .

(٢) سنن النسائي بشرح السيوطي ٧ : ١٠٨ .

(٣)الصارم المسلول ٩٥، ٩٦ .

أبوعفك، كان يحرض على عداوة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة، فلما هاجر هجاه بالشعر، فقال سالم بن عمير رضي الله عنه : عليَّ نذرٌ أن أقتل أبا عفك أو أموت دونه، فقتله بليل وهو في فراشه " [1] قال ابن تيمية رحمه الله تعالى: "فيه دلالة واضحة على أن المعاهد إذا أظهر السبَّ لرسول الله صلى الله عليه وسلم ينتقض عهده ويُقتل ولايُستتاب، فالمسلم من باب أولى " [2].

٨ - وعن مال بن عمير رضي الله عنه قال :" جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إني لقيت أبي في المشركين، فسمعت منه مقالة قبيحة لك، فما صبرت أن طعنته برمح فقتلته، فما شق ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم" [3]، وجه الاستدلال : أن قتل الابن أباه خلاف الإحسان قال تعالى " وبالوالدين إحساناً " [4]وقال صلى الله عليه وسلم " لايقاد والد بولده " [5] " والوالد سبب وجود ولده، فلا يكون الولد سبباً في عدمه" [6]والمفروض أن يزجره عليه السلام على ذلك، ولكنه ماشق عليه ذلك، فدل على أن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل من غير

(١) المرجع السابق ١٠٥.

(٢) المرجع السابق ١٠٥.

(٣) الصارم المسلول ١٤٨ : ١٤٩.

(٤) البقرة ٢ .

(٥) رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأخرجه الترمذي وابن ماجة، سنن الترمذي ٢ : ٤٢٨، رقم ١٤٢١، سنن ابن ماجة ٢ : ٨٨٨ رقم ٢٦٦٢، شرح السنة ١ : ١٨٠ .

(٦) روائع البيان ٢ : ٢٤٦.

استتابه .

٩ - وعن سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه قال : " لما كان يوم فتح مكة، أمّن رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس إلا أربعة، قال : اقتلوهم وإن وجدتموهم معلقين بأستار الكعبة، عكرمة بن أبي جهل، وعبدالله بن خطل، ومقيس بن حبابة، وعبدالله بن أبي السرح، أما عبدالله بن خطل، فأدركه الناس وهو متعلق بأتسار الكعبة، فسبق إليه سعيد بن الحارث فقتله، وأما مقيس بن حبابة، فأدركه الناس في السوق فقتلوه، وأما عكرمة فركب البحر، فأصابتهم ريح عاصف، فقال أصحاب السفينة، أخلصوا فإن آلهتكم لاتغني عنكم شيئاً، فقال عكرمة : والله لئن لم ينجيني في البحر إلا الإخلاص، لاينجيني في البر غيره، اللهم لك عليٌّ عهد إن أنت عافيتني مما أنا فيه ، أن آتي محمداً حتى أضع يدي في يده، ولأجدنه عفواً كريماً، فجاءه فأسلم، وأما عبدالله بن سعد بن أبي السرح، فإنه اختبأ عند عثمان، فاستجار له فأجاره رسول الله صلى الله عليه وسلم " [١] .

وفي رواية أخرى لابن اسحاق " إلا ستة نفر، وذكر منهم الحويرث بن نقيذ، وكان ممن يؤذي رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويسبه، تلقاه علي رضي الله عنه يوم الفتح بسيفه فقتله " [٢]. وجه الاستدلال : أن رسول أمر بقتل ابن خطل، ومقيس بن حبابة، والحويرث بن نقيذ، من غير استتابة، فدل هذا على أن سابَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم يُقْتَل ولا

(١) سنن النسائي بشرح السيوطي ٧ : ١٠٦، السيرة النبوية ٤ : ٢٨، ٢٩ .
(٢) السيرة النبوية ٤ : ٣٠ ، الصارم المسلول ١٤٢ ، ١٤٣ .

يُسْتَتاب.

١٠- وروى ابن اسحق " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر يوم الفتح بقتل قينتين لابن خطل، " فرتني " و " قريبة " ، " سارة " مولاة أبي جهل، وكان ابن خطل يقول الشعر يهجو به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم تغني قينتاه بذلك " [١]، أما قريبة فقتلت يوم الفتح [٢]، وأما فرتني فهربت حتى أمنت [٣]، وأما سارة فأدركها رجل بالأبطح فقتلها [٤].

وجه الاستدلال : أن الهجاء سب ، والتغني بالهجاء سب أيضاً، وقد قتلت قريبة وسارة من غير استتابة، فدل ذلك على أن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل ولايستتاب [٥].

ويعترض على هذا الدليل والذي قبله، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل توبة بعض الذين سبوه ولم يقتلهم، فدل على قبول توبة المرتد وعدم قتله، ويجاب عن هذا الاعتراض بأن ذلك حقه في حياته، فيملك إسقاطه، أما بعد وفاته، فلا يملك أحد إسقاط حقه، فيجب قتله [٦].

ثالثاً : الإجماع :

قال ابن المنذر " أجمع عوام أهل العلم على أن من سب النبي صلى

(١) السيرة النبوية ٤ : ٢٩.
(٢) المرجع السابق، ٤ : ٣٠ .
(٣) المرجع السابق ٤ : ٣٠.
(٤) المرجع السابق ٤ : ٣٠.
(٥) الصارم المسلول ١٣١.
(٦) المرجع السابق ١٧٨.

الله عليه وسلم يقتل " [١]، وقال القاضي عياض " أجمعت الأمة على قتل منتقص رسول الله صلى الله عليه وسلم وسابه " [٢]، وقال الإمام إسحق بن راهوية " أجمع المسلمون على أن من سب الله تعالى أو سب رسول الله صلى اله عليه وسلم، أو دفع شيئاً مما أنزل الله تعالى أو قتل نبياً من أنبياء الله عز وجل ، فإنه كافر بذلك " [٣]، وقال محمد بن سحنون " أجمع العلماء على أن شاتم النبي صلى الله عليه وسلم والمنتقص له كافر "[٤]، وقال الخطابي " لا أعلم أحداً من المسلمين اختلف في وجوب قتله " [٥] وحكى أبو بكر الفارسي من أصحاب الشافعي، إجماع المسلمين على أن حد من سب النبي صلى الله عليه وسلم القتل [٦]، ونقل ابن عابدين هذا الإجماع في حاشيته [٧].

قلت : في هذا الإجماع نظر، فهو في غير محل النزاع، لأن الخلاف ليس في قتل المرتد الساب لرسول الله صلى الله عليه وسلم إجمالاً ، وإنما الخلاف في أنه يقتل بالسب من غير استتابة، أو أنه يستتاب فإن تاب وإلا قتل؟ ونقول الإجماعات التي بين أيدينا فيها دلالة على قتل ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم إجمالاً وليس تفصيل الإجماع على قتله من غير استتابة، فلا ينفع هذا الإجماع لأنه في غير محل النزاع، وأيضاً هنالك آراء فقهية خلاف ذلك فيكف يستقيم معها هذا

(١) الإجماع ١٥٣.
(٢) الشفا ٢ : ٢١١ .
(٣)الصارم المسلول ٤ .
(٤) المرجع السابق ٤.
(٥) المرجع السابق ٤ .
(٦) المرجع السابق ٤ .
(٧) ردالمحتار ٤ : ٢٣٣ .

الإجماع؟ فتأمل ! .

رابعاً : عمل الصحابة والتابعين :

١ - عن أبي برزة قال : أغلظ رجل لأبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فقلت : ألا أقتله؟ فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه " ليس لهذا، إلا لمن شتم النبي صلى الله عليه وسلم " [(١)]، وجه الاستدلال : أن أبا بكر رضي الله عنه بين أن حكم ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل، دون إشارة إلى الاستتابة ، فدل هذا على أن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل ولا يستتاب .

٢ - وعن سيف بن عمرو عن شيوخه، أنه رفع إلى المهاجر بن أبي أمية -أمير اليمامة - أن امرأتان مغنيتان غنت إحداهما بشتم النبي صلى الله عليه وسلم، فقطع يدها ونزع ثنيتها ، وغنت الأخرى بهجاء المسلمين ، فقطع يدها ونزع ثنيتها ، فبلغ ذلك أبا بكر رضي الله عنه، فكتب إليه " لولا ما سبقتني إليه لأمرتك بقتل الأولى " [(٢)]، قال ابن تيمية " وهو صريح في وجوب قتل من سب النبي صلى الله عليه وسلم ، وأنه يقتل دون استتابة " [(٣)].

٣ - وعن عبدالله بن عمر رضي الله عنه قال : أتي إلى عمر رضي الله عنه برجل سب النبي صلى الله عليه وسلم، فقتله ، وقال : " من سب رسول الله صلى

(١) سنن النسائي بشرح السيوطي ٧ : ١٠٩، ١١٠، المحلى ١١ : ٤١٠ .
(٢) الصارم المسلول ٢٠٠ .
(٣) المرجع السابق ٢٠١.

الله عليه وسلم أو أحداً من الأنبياء فاقتلوه " [1]، وفي رواية أخرى أن ابن عمر رضي الله عنه قال : سألت أبي عمّن شتم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال " قد وجب عليه القتل ولا يستتاب " [2]، وجه الاستدلال : أن عمر رضي الله عنه قتل ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الرواية الأولى دون استتابته، ونص على عدم استتابته في الرواية الثابتة، فدل الأثران على عدم لزوم الاستتابة.

٤ - وعن زيد بن الخطاب رضي الله عنه -وكان والياً على الكوفة- أنه كتب إلى عمر بن عبدالعزيز رضي الله عنه ، أني وجدت رجلاً بالكوفة يسبك، وقامت عليه البينة، فهممت بقتله، فكتب إليه عمر بن عبدالعزيز" لايحل قتل امرىءٍ مسلم يسب أحداً من الناس، إلا رجلاً سب رسول الله صلى الله عليه وسلم " [3]. وجه الاستدلال : أن عمر بن عبدالعزيز بيّن أن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقتل بعبارة النص، فإن قيل : عمر بن عبدالعزيز تابعي، وقول التابعي ليس بحجة عند الأصوليين ، فجوابه : أن الغالب في مثل هذا القول الرفع والسماع لا الاجتهاد، لأن مثل هذا الحكم لايجتهد فيه لخطورة الدماء [4].

---

(١) كنز العمال ١٢ : ٤٢٠ رقم ٣٥٤٦٥، إعلاء السنن ١٢ : ٦٠٤ .

(٢) الصارم المسلول ٥ .

(٣) المحلى ١١ : ٤١٠، الصارم المسلول ٢٠٥.

(٤) اتفق الأصوليون على عدم حجية قول التابعي، واختلفوا في حجية قول الصحابي، فمنهم من قال بحجيته، ومنهم من قال بعدم حجيته، ومنهم من فرق بين ماليس محلاً للاجتهاد وله حكم المرفوع، وبين ماهو محض الاجتهاد فجعل الأول حجة، والثاني لا . المستصفى ١ : ٢٦٠، ٢٦١، فواتح الرحموت ٢ : ١٦١، ١٦٢، ١٨٨ .

القول الثاني: ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يستتاب، فإن تاب وإلا قتل.

وهو مذهب الشافعية وبعض الحنفية ورواية عن أحمد [1] واستدلوا بما يلي:

١ - عموم الأدلة الدالة على قبول التوبة، وهي كثيرة، ذكرت أهمها عند الحديث عن توبة الزنديق سابقاً، وهي عامة تشمل الزنديق، وتشمل ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيكون ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن تقبل توبته، فإن تاب وإلا قتل .

٢ - وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال : لما كان يوم خيبر، آثر رسول الله صلى الله عليه وسلم أناساً في القسمة، فقال رجل : والله إن هذه القسمة ما أريد بها وجه الله تعالى، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأخبرته بما قال ، فتغير وجهه حتى كان الصرف، ثم قال " من يعدل إذا لم يعدل الله ورسوله، يرحم الله موسى، لقد أوذي بأكثر من هذا فصبر" [2]، وفي رواية أخري ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " لو تركتكم حين قال الرجل ماقال ، فقتلتموه، دخل النار " [3]، وجه الاستدلال : أن اعتراض الرجل، أو الأعرابي، خلاف الأدب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكون نوعاً من الشتم ، أو هو نوع من الحقد، فيكون من باب الشتم أيضاً ، ولو كان يجب قتله وعدم استتابته ، لأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك، ولكنه بدلاً من قتله، عالج الأمر بالصبر

(١) مغني المحتاج ٤ : ١٣٥، رد المحتار ٢٣٣، الإنصاف ١٠ : ٣٣٣ .
(٢) المحلى ١١ : ٤١٠، ٤١١ .
(٣) الصارم المسلول ١٧٨.

عليه وعدم قتله .

ويعترض على هذا الدليل، بأن ذلك حقه صلى الله عليه وسلم، فيملك إسقاطه في حياته، أما بعد وفاته، فلا يملك أحد إسقاط هذا الحق [1] .

٣ - وعن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال : كأني أنظر إلى النبي صلى الله عليه وسلم يحكي نبياً من الأنبياء ضربه قومه فأدموه، وهو يمسح الدم عن وجهه ويقول " رب اغفر لقومي فإنهم لا يعلمون " [2] وجه الاستدلال : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقابل سابه وشاتمه بالصبر عليه، وطلب الهداية له، والرفق به، وفي هذا دلالة على التلطف مع ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واستتابته وقبول توبته.

٤ - وعن أنس رضي الله عنه أن يهودياً مر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : السام عليكم - يعني الموت عليكم - فقال عليه السلام " وعليك " فقال الصحابة : ألا نقتله ؟ قال : " لا ، إذا سلّم عليكم أهل الكتاب ، فقولوا وعليكم " [3] ، وفي رواية أخرى عن عائشة رضي الله عنها قالت : استأذن رهط من اليهود على النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا : السام عليك ،فقالت عائشة رضي الله عنها ، وعليكم السام واللعنة ، فقال عليه السلام " ياعائشة، إن الله رفيق يحب الرفق في الأمر كله، قولي وعليكم " [4] ، وجه الاستدلال في هذا الحديث بروايتيه،

---

(١) المرجع السابق ١٧٨.
(٢) المحلى ١١ : ٤١١ .
(٣) المرجع السابق ١١ : ٤١٥.
(٤) المرجع السابق ١١ : ٤١٦.

أن كلمة السام، شتيمة متضمنة معنى السب، ومع هذا لم يتقل الرسول صلى الله عليه وسلم اليهودي أو الرهط، وإنما عاملهم بالرفق.

٥- أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بقتل الزبعري، لأنه كان شديد العداء لرسول الله صلى الله عليه وسلم بلسانه، وكان يهاجي رسول الله صلى الله عليه وسلم ويهاجي شعراء الإسلام بشعره، ثم إن الزبعري فر إلى نجران، وقدم بعد ذلك على النبي صلى الله عليه وسلم مسلماً، وقبل إسلامه، وله أشعار حسنة في التوبة والاعتذار [١]، فدل هذا على قبول توبة ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٦ - وروى ابن اسحق قال : " كان أبوسفيان بن الحارث - وهو أخو رسول لله صلى الله عليه وسلم من الرضاعة، أرضعته حليمة السعدية أياماً - يألف رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما بعث عليه السلام، عاداه معاداة شديدة، وهجاه وهجا أصحابه، فكلمته أم سلمة في قبول توبته، فقال " لا حاجة لي به " ثم رق قلبه وعفا عنه " [٢]، وجه الاستدلال : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل توبة ابن الحارث، فدل هذا على استتابة المرتد وقبول توبته .

٧ - وروى ابن اسحق أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتل كعب ابن زهير بن أبي سلمى، وكان قد قال أبياتاً نال فيها من رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم قدم عليه بالمدينة، وتاب بين يديه، وأنشد له قصيدته المشهورة " بانت سعاد " [٣] فقبل عليه السلام توبته، وجه الاستدلال : أن

(١) السيرة النبوية ٤ : ٣٩ - ٤٠، الصارم المسلول ١٣٧.
(٢) الصارم المسلول ١٤٠ : ١٤١.
(٣) المرجع السابق، ١٤٦، ١٤٧.

رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل توبة كعب بن زهير رغم سبه له، فدل هذا على جواز استتابة ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأنه إذا تاب قبلت توبته ولا يقتل .

٨ - واستدلوا بقول ابن عباس رضي الله عنهما " أيما مسلم سب الله تعالى، أو سب أحداً من الأنبياء فقد كذب رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي ردة ، يستتاب ، فإن رجع وإلا قتل " [١]، وجه الاستدلال : أن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يستتاب بصريح قول ابن عباس، ولا يعترض على هذا الدليل بأنه قول صحابي، لأن الغالب في مثل هذا أنه في حكم المرفوع لا الموقوف، وحكم النقل لا الاجتهاد .

٩ - ويمكنهم الاستدلال بالمعقول .، فإن الاستتابة إصلاح نفس تالفة بالكفر يمكن انقاذها ، وهي فعل خير ودعاء إلى سبيل الله تعالى بالحكمة والموعظة الحسنة [٢]، فتكون مطلوبة في ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاستصلاحه وانقاذه .

القول الثالث : التوقف.

وهو مذهب الظاهرية، قال ابن حزم " اختلف الناس فيمن سبّ رسول الله صلى الله عليه وسلم، أو نبياً من الأنبياء، فقالت طائفة : ليس ذلك كفراً، وقالت طائفة : هو كفر، وتوقف آخرون في ذلك، فأما التوقف، فهو قول أصحابنا" [٣]، واستدلوا بما يلي :

---

(١) المرجع السابق ٢٠١ .
(٢) المغني ٨ : ١٢٥، المحلي ١١ : ١٩٢ .
(٣) المحلى ١١ : ٤٠٨، ٤٠٩ .

١ - دلت كثير من الآيات في عمومها على قبول التوبة من صاحب الذنب إلا الكفر بالله تعالى، قال تعالى " إن الله لايغفر أن يُشرك به ويغفر مادون ذلك لمن يشاء " [1]، بينما دلت آيات أخرى على أن التوبة من المرتد لاتنفع .

وكذلك الحال في الأحاديث النبوية، فقد دلت بعض الأحاديث النبوية على توبة ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم، بينما دلت أحاديث أخرى على قتل ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم وعدم استتابته، والأدلة إذا تعارضت وتعذر التوفيق بينها، أو معرفة ناسخها من منسوخها ، تساقطت ، ويصار إلى التوقف.

٢ - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتل جماعة من الناس كانوا شديدي الشتم والهجاء لرسول الله صلى الله عليه وسلم من غير استتابتهم مثل عبدالله بن خطل، والحويرث بن نقيذ، وأبي عفك ، والعصماء بنت مروان، والقينة قريبة، وسارة مولاة أبي جهل، وغير هؤلاء، بينما وجدناه قد عفا عن بعض شديدي الشتم له كالحرث بن هشام، والزبعري، وكعب بن زهير بن أبي سلمى، وأبي سفيان بن الحارث، وغيرهم مما تقدم ذكره في أدلة المذهبين السابقين ، فتعارضت الوقائع، وإذا تعارضت الأدلة وتعذر التوفيق بينها، ولم نقف على معرفة الناسخ من المنسوخ، تساقطت، ويصار إلى التوقف.

٣ - قال ابن حزم " قد علمنا أن دم المسلم حرام إلا بما أباحه الله تعالى به، ولم يبحه الله تعالى قط إلا في الكفر بعد الإيمان، أو بزنى المحصن، أو قود بنفس مؤمنة، أو في المحاربة وقطع الطريق، أو في دفع مظلمة، أو

---

(١) النساء ٤٨.

في الممانعة من حق، أو فيمن حد في الخمر ثلاث مرات ثم شربها الرابعة، فقط، وقد علمنا أن من سب النبي صلى الله عليه وسلم، فبيقين لم يزن، ولا شرب خمراً، ولا قصد ظلم مسلم، ولا قطع طريقاً " [1] مع هذا فقد وردت بعض الأحاديث بقتله، ولايعرف الناسخ من المنسوخ، والتوفيق متعذر، فيصار إلى التوقف.

المناقشة والترجيح :

القول بالتوقف في هذه المسألة ضعيف، لأنه يؤدي إلى خلو الواقعة من الحكم، وهذا غير جائز مع وجود الأدلة إذا أمكن التوفيق بينها، أو الخروج من التعارض، والخروج منه ممكن وذلك بالصيرورة إلى واحد من القولين الآخرين، وهذا مافعله ابن حزم رحمه الله تعالى فقد خرج من مذهب التوقف وقال : " إن كل من سب الله تعالى أو استهزأ به، أو سب ملكاً من الملائكة أو استهزأ به، أو سب نبياً، أو استهزأ به، أو سب آية من آيات الله تعالى ، أو استهزأ بها ، فهو بذلك كافر مرتد، له حكم المرتد، وبهذا نقول وبالله تعالى التوفيق" [2]

ولاشك أن القول الأول القائل بأن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتد يقتل ولا يستتاب، قوي جداً، وتشهد له سلامة الأدلة، وقواعد الأصول القاضية بأنه إذا تعارض حكم النفي مع حكم الإثبات، قدمت الأدلة النافية على الأدلة المثبتة عند جمهور الأصوليين [3] ، ولأنه يمكن حمل الأدلة المثبتة للاستتابة على أنها حق الرسول صلى الله عليه وسلم ، وقد أسقطه في حياته ، ولا يملك أحد إسقاطه بعد وفاته.

---

(١) المحلى ١١ : ٤١٠ .

(٢) المرجع السابق ١١ : ٤١٣.

(٣) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ٥١٠، ٥١١، أصول الفقه للشيخ زهير ٤ : ٤٢٩ .

ومع هذا فالراجح في هذه المسألة هو القول الثاني، القائل باستتابة ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن تاب وإلا قتل، لأن أدلة النقاة ساكتة وأدلة المثبتين ناطقة، وهذا يعني أن الاستتابة منطوق، والقول بأن عدم الاستتابة حقه وقد أسقطه مفهوم، والمنطوق مقدم على المفهوم باتفاق الأصوليين [1] .

وهذا يتمشى مع مارجحناه - في حكم الاستتابة سابقاً - من أن الاستتابة واجبة في حق المرتد فيشمل ذلك حكم ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويوافقه، والقول بخلافه يناقضه، كما يعزز هذا الترجيح عموم البلوى في هذا الزمان، والاحتياط في الدماء، ورحمة النبي صلى الله عليه وسلم وعفوه في حق العباد وسعتا كل شيء، والله تعالى أعلم بالصواب، والحمد الله رب العالمين، وصلى اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

(١) الإحكام في أصول الأحكام ٢ : ٢١٠، التلويح وشرح التوضيح ١ : ١٣٠، إرشاد الفحول ١٥٦.

خلاصة البحث ونتائجه

أولاً : تعددت تعريفات التوبة في اللغة، ولكنها دارت بالجملة على معنى الرجوع أو الترك، وعلى الاعتراف والإقلاع والعزم والإنابة ، والندم، كما تعددت تعريفات التوبة في الاصطلاح حتى بلغت عند العلماء ثلاثة وعشرين وجهاً، ذكرت ماوقفت عليه منها ٠

أما الاستتابة فهي عزيزة التعريف في اللغة والاصطلاح، وقد عرفتها في الاصطلاح بأنها طلب الرجوع إلى الإسلام بعد زوال الشبهات والأوهام ٠

ثانياً : الأصل في طلب التوبة أو الاستتابة النطق بالشهادتين، ومع هذا فحقيقة التوبة تختلف باختلاف أحوال المرتد، فمن كان كفر بالله تعالى تكون توبته بالنطق بالشهادتين ، ومن كان أنكر نبوة محمد صلى الله عليه وسلم، فلا بد مع الشهادتين من الإقرار بنبوة محمد صلى الله عليه وسلم، ومن كان أنكر دين الإسلام، فلا بد مع الشهادتين من التبري مما هو عليه من الوثنية وغيرها من الملل والأديان الأخرى٠

ثالثاً : اختلف الفقهاء في حكم الاستتابة على خمسة أقوال ، أولها : الاستتابة واجبة ، والثاني : الاستتابة ممنوعة، والثالث : الاستتابة مستحبة، والرابع: الاستتابة خاصة بغير أولي البصيرة ودهماء الناس، والخامس : الاستتابة خاصة بقريب العهد بالإسلام، وقد رجحت القول الأول : للرفق بالناس والاحتياط في الدماء ودرءاً للشبهات ٠

رابعاً : اختلف الفقهاء في زمن الاستتابة ، أعني مرات الاستتابة ومدتها على تسعة أقوال، أولها : الاستتابة مرة واحدة ليس غير، والثاني : الاستتابة ثلاث مرات، والثالث : الاستتابة ثلاثة أيام ، والرابع : الاستتابة عشرون

يوماً، والخامس : الاستتابة شهر، والسادس : الاستتابة أربعون يوماً، والسابع: الاستتابة شهران، والثامن : الاستتابة مائة مرة، والتاسع : الاستتابة أبداً، وقد فنّدت القول الأخير، وعالجت الأقوال الأخرى، ورجحت القول بأن الاستتابة تكون ثلاث مرات في ثلاثة أيام توفيقاً بين الأدلة .

خامساً : اختلف الفقهاء في استتابة الزنديق على ثلاثة أقوال، أولها : الزنديق لايستتاب ويقتل في الحال، والثاني : أنه يستتاب فإن تاب وإلا قتل، والثالث : إذا جاء تائباً بنفسه قبلت توبته، وإلا فلا، وقد رجحت القول الثالث، لأنه وسط بين القولين الأول والثاني، ولأن مجيء الزنديق تائباً بنفسه فيه قرينة على صلاح حاله، وصدق سريرته مع ظاهره.

سادساً : اختلف الفقهاء في استتابة من تكررت ردته على ثلاثة أقوال، أولها : يستتاب وتقبل توبته مطلقاً، ولايقتل، والثاني : يستتاب وتقبل توبته في المرة الأولى، ويقتل في المرة الثانية، والثالث : يستتاب وتقبل توبته في المرة الأولى والثانية والثالثة، ويقتل في المرة الرابعة، وقد رجحت القول بأن من تكررت ردته عن شبهة بينة مستجدة تقبل توبته مطلقاً، ومن تكررت ردته احتيالاً بشبهة قديمة غير مستجدة يقتل في المرة الثانية .

سابعاً : اختلف الفقهاء في استتابة ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثلاثة أقوال ، أولها : ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتد يقتل ولا يستتاب، والثاني : ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم مرتد يستتاب فإن تاب وإلا قتل، والثالث : التوقف ، وقد رجحت القول بأن ساب رسول الله صلى الله عليه وسلم يستتاب فإن تاب وإلا قتل، احتياطاً للدماء ، ودرءاً للحدود بالشبهات ، ولعموم البلوى في هذا الزمان .

والحمد لله رب العالمين .

المصادر والمراجع

١- الإجماع ، لأبي بكر بن محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري المتوفى سنة ٣١٨ هـ، دار طيبة، الرياض، ط أولى ، ١٤٠٢/هـ/١٩٨٢م .

٢ - أحكام القرآن، لأبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هـ، دار إحياء التراث العربي بيروت ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.

٣ - الإحكام في أصول الأحكام، للإمام سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي الآمدي، محمد علي صبيح وأولاده، مصر طبع ١٣٨٧هـ/ ١٩٦٦م .

٤ - إحياء علوم الدين لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ، دار المعرفة، بيروت ، لبنان .

٥ - الاختيار لتعليل المختار، للإمام أبي الفضل مجد الدين عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي المتوفى سنة ٦٨٣ هـ، المكتبة الإسلامية تركية، استانبول ، ط ثانية ١٣٧٠هـ/ ١٩٥١م .

٦ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥هـ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان .

٧ - أسباب النزول، للإمام أبي الحسن علي بن أحمد الواحدي النيسابوري، عالم الكتب، بيروت. لبنان.

٨ - الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري الأندلسي ٣٦٨ - ٤٦٣هـ، دار قتيبة، دمشق، بيروت، ودار الوعي حلب، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م .

٩ - أصول الفقه للشيخ محمد أبي النور زهير، دار الفضيلة، مكة المكرمة، ط سنة ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م، ص.ب : ٢٧٠٣ .

١٠ - أصول النظام الجنائي الإسلامي، للدكتور محمد سليم العوا ، دا المعارف، القاهرة ، مصر.

١١ - إعلاء السنن، للعلامة ظفر أحمد العثماني التهانوي ١٣١٠ - ١٣٩٤هـ، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية ، كراتشي- باكستان .

١٢ - إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفي سنة ٧٥١هـ، دار الفكر، بيروت، لبنان .

١٣ - الإنصاف لشيخ الإسلام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ٨١٧ - ٨٨٥هـ، دار إحياء التراث العربي، ط ثانية ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م.

١٤ - البحر الرائق شرح كنز الدقاق، للإمام زين العابدين الشهير بابن نجيم المصري، المكتبة الماجدية لقاري أحمد إسماعيل، باكستان.

١٥ - بدائع الصنائع ، لملك العلماء علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ، دار الكتاب العربي بيروت، ط ثانية ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م .

١٦ - بلغة السالك " حاشية الصاوي " للشيخ أحمد بن محمد الصاوي ، انظر الشرح الصغير .

١٧ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للإمام برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن أبي عبدالله محمد ابن فرحون اليعمري، المطبعة

الشرقية، مصر، الطبعة الأولى ١٣٠١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

١٨ - تلخيص الحبير، للحافظ شيخ الإسلام شهاب الدين أبي الفضل أحمد ابن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ، دار الكتب الإسلامية ، لاهور- باكستان.

١٩ - التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، للعامة سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني المتوفى سنة ٧٩٢هـ، دار الكتب العلمية ، بيروت.

٢٠ - التمهيد في أصول الفقه، للعامة محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوذاني الحنبلي ٤٣٢-٥١٠ هـ، طبع مركز البحث العلمي، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، ط أولى، ١٤٠٦هـ .

٢١ - التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإمام جمال الدين أبي محمد ابن الحسن الأسنوي المتوفى سنة ٧٧٢ هـ، مؤسسة الرسالة، ط رابعة، ١٤٠٧هـ/ ١٩٨٧ م بيروت، لبنان .

٢٢ - جامع الأصول في أحاديث الرسول، لمجد الدين أبي السعادات المبارك ابن محمد المشهور بابن الأثير ٥٤٤ - ٦٠٦ هـ، مكتبة الحلواني، دار البيان ، الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/ ١٩٦٩م .

٢٣ - الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط أولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م .

٢٤ - دائرة معارف القرن العشرين، للأستاذ محمد فريد وجدي، دار الفكر بيروت، لبنان ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م.

٢٥ - الدر المختار شرح متن تنوير الأبصار للعلامة الحصفكي ، انظر رد المحتار.

٢٦ - الدر المنتقى شرح الملتقى، للشيخ محمد علاء الدين إمام، انظر مجمع الأنهر.

٢٧ - دقائق أولي النهى (شرح منتهى الإرادات) للعلامة منصور بن يوسف البهوتي ١٠٠٠ - ١٠٥١ هـ، توزيع رئاسة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، السعودية .

٢٨ - الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المتوفي سنة ٦٨٤هـ، دار الغرب الإسلامي، ط أولى ١٩٩٤ بيروت، لبنان.

٢٩ - رد المحتار على الدر المختار شرح متن تنوير الأبصار، المشهور بحاشية ابن عابدين، للعلامة محمد أمين المعروف بابن عابدين ١١٩٨ - ١٢٥٢هـ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة ط ثانية ١٩٦٦م.

٣٠ - روائع البيان تفسير آيات الأحكام ، للشيخ محمد علي الصابوني ، مكتبة الغزالي دمشق، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، ط ثالثة ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م .

٣١ - روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني، للعلامة أبي الفضل شهاب الدين بن محمود الألوسي المتوفى سنة ١٢٧٠هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان.

٣٢ - زاد المسير في علم التفسير، للحافظ جمال الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن الجوزي ٥٠٨ - ٥٩٦هـ، المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط أولى ١٣٨٤هـ/ ١٩٨٥م .

٣٣ - السنن، للإمام الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني المكي المتوفى سنة ٢٢٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط أولى ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م .

٣٤ - سنن ابن ماجة ، للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ٢٠٧ - ٢٧٥، دار الفكر العربي ، مصر.

٣٥ - سنن أبي داود، للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ٢٠٢ - ٢٧٥ هـ نشر وتوزيع محمد علي السيد، حمص ، سورية .

٣٦ - سنن الترمذي (الجامع الصحيح)، للحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ٢٠٩-٢٧٩ هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٤٠٣هـ/ ١٩٩٣م.

٣٧ - سنن الدارقطني ، للحافظ علي بن عمر الدارقطني المتوفى سنة ٣٨٥هـ، طبع بعناية السيد عبدالله هاشم يماني المدني، مكتبة المدني، المدينة المنورة، ودار المحاسن للطباعة، مصر سنة ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م.

٣٨ - سنن النسائي بشرح الإمام السيوطي للحافظ أبي عبدالرحمن أحمد ابن شعيب بن علي بن بحر النسائي ٢١٥ - ٣٠٣ هـ، وبهامشة حاشية الإمام السندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت . لبنان .

٣٩ - سيرة النبي محمد صلى الله عليه وسلم، لأبي محمد عبدالملك بن هشام، طبع سنة ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م، دار الفكر.

٤٠ - شرح الخرشي على مختصر خليل، للعلامة الخرشي، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار صادر، بيروت، لبنان .

٤١ - شرح السنة، للإمام المحدث الفقيه أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء

البغوي ٤٣٦ - ٥١٦ المكتب الإسلامي، دمشق، بيروت، ط أولى سنة ١٣٩٠هـ .

٤٢ - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، كلاهما للعلامة أبي البركات محمد بن أحمد الدردير، وبهامشه " بلغة المسالك على أقرب المسالك " المشهور بحاشية الصاوي، للشيخ أحمد بن محمد الصاوي، دار المعارف، مصر طبع سنة ١٣٩٢هـ.

٤٣ - شرح فتح القدير على الهداية، للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي السكندري، المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١هـ، وبهامشه، شرح العناية للبابرتي، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط أولى ١٣٨٩هـ.

٤٤ - شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد الزرقاء، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.

٤٥ - الشرح الكبير على مختصر خليل ، للعلامة أبي البركات محمد بن أحمد الدردير، وبهامشه حاشية الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي مع تقريرات الشيخ عليش، عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر.

٤٦ - شرح مشكل الآثار ، للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي المصري الأزدي ٢٣٩-٣٢١ هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م .

٤٧ - شرح معاني الآثار، للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي المصري الأزدي ٢٣٩ - ٣٢١هـ، دار الكتب العلمية، ط أولى ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م بيروت - لبنان .

٤٨ - الشفا بتعريف حقوق المصطفى ، للقاضي أبي الفضل عياض اليحصبي المتوفى سنة ٥٤٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .

٤٩ - الصارم المسلول على شاتم الرسول، لشيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية ٦٦١ - ٧٢٨ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، طبع سنة ١٣٩٨هـ .

٥٠ - صحيح البخاري ، انظر فتح الباري .

٥١ - صحيح مسلم، انظر المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج.

٥٢ - العقوبة، للإمام محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة.

٥٣ - فتح الباري شرح صحيح البخاري، للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ٧٧٣ - ٨٥٢ هـ، توزيع رئاسة البحوث والإفتاء، الرياض.

٥٤ - الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ١٦٤ - ٢٤١هـ، وبهامشه " بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني " كلاهما للشيخ أحمد بن عبدالرحمن البنا، المشهور بالساعاتي، دار الشهاب، القاهرة.

٥٥ - الفقه المقارن، أ.د. محمد رأفت عثمان وآخرون، مكتبة الفلاح، ط أولى ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م .

٥٦ - فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، للإمام المحقق الشيخ محب الله بن عبدالشكور، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط ثانية ، بهامش المستصفى .

٥٧ - فيض القدير شرح الجامع الصغير، للشيخ محمد عبدالرؤوف المناوي، دار الفكر للنشر والتوزيع، ط ثانية ١٣٩١هـ/ ١٩٧٢م .

٥٨ - القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، دار الجليل

بيروت، لبنان .

٥٩ - كنز العمال في سنن الأقوال والأعمال، للعلامة علاء الدين علي المتقي بن حسام الدني الهندي المتوفى سنة ٩٧٥هـ، مكتبة التراث الإسلامي، حلب، سورية .

٦٠ - لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري، دار صادر، بيروت، لبنان .

٦١ - المبدع شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن مفلح ٨١٦-٨٨٤ هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، طبع سنة ١٣٩٧هـ/١٩٧٧م .

٦٢ - متن اللغة، للشيخ أحمد رضا، دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، طبع سنة ١٣٧٧هـ/ ١٩٥٨م .

٦٣ - مجمع الأنهر في شرح ملتقي الأبحر، للفقيه عبدالله بن محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، وبهامشه الدر المنتقى في شرح الملتقى ، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان .

٦٤ - المجموع شرح المهذب، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ٦٣١ - ٦٧٦هـ، مع التكملة الأولى للسبكي، والتكملة الثانية للمطيعي، دار الفكر، بيروت، لبنان .

٦٥ - المحلى ، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي المتوفى ٤٥٦هـ، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان .

٦٦ - مدارج السالكين في منازل إياك نعبد وإياك نستعين، لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ٦٩١- ٧٥١هـ، دار الكتاب العربي، طبع سنة ١٣٩٢هـ/ ١٩٧٢م .

٦٧ - المستصفى في علم الأصول، لحجة الإسلام أبي حامد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ، دار الكتب العلمية بيروت، ط ثانية، وبهامشة فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت.

٦٨ - المسند، للإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ١٦٤ - ٢٤١ هـ، دار الفكر العربي، القاهرة.

٦٩ - المصنف (الجامع)، للحافظ أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني ١٢٦ - ٢١١هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢ ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م .

٧٠ - المصنف في الأحاديث والآثار ، للإمام الحافظ أبي بكر بن أبي شيبة العبسي الكوفي المتوفى سنة ٢٣٥هـ، الدار السلفية، بومباي، الهند.

٧١ - معجم ألفاظ القرآن الكريم، مجمع اللغة العربة، القاهرة، مصر، طبعة منقحة ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م .

٧٢ - معجم البلدان، لياقوت الحموي، دار إحياء التراث العربي ١٣٩٩هـ/ ١٩٧٩م ، بيروت ، لبنان.

٧٣ - المغني ، لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة٦٢٠هـ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، طبع ١٤٠١هـ/ ١٩٨١م.

٧٤ - المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩هـ/ ١٩٧٢م.

٧٥ - مغني المحتاج شرح المنهاج، للشيخ محمد الشربيني الخطيب، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، طبع سنة ١٣٧٧هـ/ ١٩٥٨م .

٧٦ - مفاتيح الغيب " التفسير الكبير " للإمام الفخر الرازي، دار إحياء التراث

العربي، بيروت، لبنان ط ثالثة ٠

٧٧ - المفردات في غريب القرآن، للراغب الأصفهاني، دار القلم دمشق، الدار الشامية، بيروت، ط أولى، ١٤٠٢هـ/ ١٩٩٢م ٠

٧٨ - مقارنة الأديان بين اليهودية والإسلام، للدكتور عوض الله حجازي، دار الطباعة المحمدية، مصر ، ط ثالثة ، ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م٠

٧٩ - منح الجليل شرح مختصر خليل، للشيخ محمد عليش، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت لبنان، طبع ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م ٠

٨٠ - المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي ٦٣١-٦٧٦هـ، توزيع إدارة البحوث والإفتاء، الرياض، السعودية٠

٨١ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للإمام العلامة أبي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب ٩٠٢ - ٩٥٤هـ، دار الفكر، ط الثالثة ، ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م ٠

٨٢ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن حمزة الرملي المصري، المشهور بالشافعي الصغير٩٩٠ - ١٠٠٤هـ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي مصر، الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٧م ٠

٨٣ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ١١٧٢ - ١٢٥٠هـ، مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، الطبعة الأخيرة٠

٨٤ - جريدة الشرق الأوسط ، لندن٠

٨٥- جريدة الخليج، الإمارات العربية المتحدة ٠

بسم الله الرحمن الرحيم

التعديل الدستوري في دولة الإمارات العربية المتحدة

(دراسة مقارنة)

إعداد

الدكتور هادف راشد العويس *

* مدرس القانون العام، رئيس قسم النظم العامة والسياسة الشرعية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة .

التعديل الدستوري في دولة الامارات العربية المتحدة
(دراسة مقارنة)

يعتبرالدستور المؤقت للإمارات العربية المتحدة والذي تم التوقيع عليه بواسطة حكام الإمارات الست الأولى التي أنشأت الاتحاد في ١٨ يوليو ١٩٧١م والذي تم الاتفاق بين الحكام على أن يبدأ سريان أحكامه في٢ ديسمبر١٩٧١أول دستور مدون يحكم الإمارات الأعضاء في الاتحاد . وقد انضمت الإمارة السابعة للاتحاد بموجب قرار المجلس الأعلى للاتحاد رقم٢ لسنة١٩٧٢م والصادر في ١٠ فبراير١٩٧٢م .

ونلاحظ الدستور المؤقت الذي بدأ العمل به في ٢ ديسمبر ١٩٧٢ هو دستور مدون ويتصف بأنه دستور مؤقت وأنه دستور جامد وقد أنشأ نظاما اتحاديا فيدراليا بين الإمارات الأعضاء في الاتحاد [١].

ويتميز الدستور الاتحادي عامة بأنه دستور يتضمن توزيعا للسلطات بين مستويين من مستويات الحكومات أحدهما المستوى الاتحادي أو الوطني والأخر مستوى الولايات أو المستوى الإقليمي وكل من هذين المستويين في ممارسته لسلطاته الممنوحة له بموجب الدستور مستقل عن المستوى الآخر ومتعاون معه [٢] .

يصف دايسي المبدأ الفيدرالي الموجود في الدستور الأمريكي بأنه يقوم على توزيع سلطات محدودة في المجالات التنفيذية والتشريعية والقضائية بين جهات تتصف علاقتها ببعضها بأنها علاقة استقلال متبادل وفي نفس الوقت علاقات

---

(١) راجع أ.د. أحمد كمال أبو المجد - (النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة) - ملحق خاص - في دولة الامارات العربية المتحدة - دراسة مسحية شامله - اشراف أ.د. يوسف أبو الحجاج - المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٨- صفحة ٢٤ .

(٢) K.C.Wheare , Federal government , Oxford University press 1947 . P 1 .

تعاون وتكامل [٣] .

فالدستور الذي ينشىء اتحادا فيدراليا يتصف بأنه يضمن لكل من الحكومة الاتحادية وحكومات الولايات استقلالها عن المستوى الآخر من الحكومات ويضمن لها السلطات التي تمارسها بحيث لا يتم سحب هذه السلطات. يتسم الاتحاد الفيدرالي بأن كلا من المستويين من الحكومات مستقل بسلطاته وحريص على عدم سلب هذه السلطات منه .

إن توزيع السلطات هو العلامة الفارقة التي تميز الاتحاد الفيدرالي عن غيره من أنواع التجمعات بين الدول فالصلاحيات الممنوحة للحكومة الاتحادية تشكل منطقة محرمة على الولايات وحدا من صلاحياتها [٤] .

ومن مستلزمات الدستور الاتحادي أن يكون دستورا مدونا وجامدا [٥] .

الدستور المدون هو الذي صيغت أحكامه في نصوص تشريعية مكتوبة سواء وضعت هذه النصوص في وثيقة رسمية واحدة أو في وثائق رسمية متفرقة [٦].

الدستور الاتحادي يجب أن يتصف بالسمو على كل من الاتحاد والولايات لأن هذا الدستور يتضمن توزيع السلطات بين مستويين من الحكومات يحتفظ كل منهما بالاستقلال عن المستوى الآخر ويكون كل منهما مستقلاً عن الأخر ومساويا له وليس أي منهما تابعا للأخر. ولذلك فإن هذه الصفة في الدستور وكونه محتويا على

---

(٣) A.V. Dicey , Introduction to the study of the constitution , Macmillan Education, Tenth ed . 1959 . P 140.

(٤) Dicey P. 151 .

(٥) Dicey P . 173

(٦) انظر فؤاد العطار – النظم السياسية والقانون الدستوري صفحة ١٦٣ .

توزيع السلطات تستوجب تدوين الدستور وخصوصا ذلك الجزء المحتوي على توزيع السلطات [٧] .

ولنفس السبب الذي من أجله يتحتم أن يكون الدستور الاتحادي مدونا فإن هذا الدستور يجب أن يكون دستورا جامدا .

فالدستور الجامد يقصد به ذلك الدستور الذي لا يمكن تعديل نصوصه أو إلغاءها وفقا للإجراءات التي تتبع في تعديل القوانين العادية [٨] .

فالدستور الاتحادي لايمكن تعديل نصوصه بنفس إجراءات تعديل القوانين الاتحادية. فلايمكن السماح للسلطة التشريعية الاتحادية بأن تعدل الدستور الاتحادي بنفس الاجراءات التي تتبعها لاقرار وتعديل القوانين العادية .

حيث أن الدستور الاتحادي يتضمن توزيع السلطات بين الاتحاد والولايات فيجب أن لا يقتصر إعطاء الحق في تعديل الدستور لأي من الاتحاد أو الولايات. لذلك يجب أن يشترك كل من الاتحادوالولايات في إجراءات تعديل الدستور سواء كان إعطاء الحق في المشاركة في التعديل للسلطة التشريعية الاتحادية والسلطة التشريعية للولايات أو كان ذلك عن طريق الاستفتاء على المستوى الاتحادي وعلى مستوى الولايات. المهم هو عدم استحواذ أي من مستويي الحكومات على إجراءات تعديل الدستور .[٩]

تكتسب إجراءات التعديل الدستوري أهمية في الدول الاتحادية لارتباطها بجوهر

(٧) Wheare P. 56 .

(٨) أ.د. فؤاد العطار صفحة ١٧٧ .

(٩) Wheare P . 56 .

النظام الاتحادي الفيدرالي القائم على توزيع السلطات بين الاتحاد والولايات . حيث أن الدستور المدون الجامد الذي تشترك الولايات فيه مع الاتحاد في تعديل نصوصه هو ضمان وجود وبقاء الاتحاد الفيدرالي .

نعني بالتعديل الدستوري هنا التعديل الرسمي للدستور لأن الدستور الاتحادي مثله مثل أي دستور مدون أخر يمكن أن يتعرض للتعديل التدريجي من خلال العرف وأحكام القضاء ، لكن المهم هو أن الاجراءات المتعلقة بالتعديل الرسمي للدستور يجب أن تعكس الطبيعة الاتحادية للدستور .

كل الدساتير المدونة تحتاج إلى تغيير وتعديل مع مرور الزمن وتغير حاجات المجتمع وتباين أحواله . هناك اختلاف كبير بين الدساتير من حيث إجراءات تعديلها أو من حيث عملية تعديلها سواء كان ذلك في صورة تعديل رسمي أو في صورة تغير تدريجي غير رسمي لأحكام هذه الدساتير .

مايميز الدساتير الاتحادية هو وجود توزيع السلطة بين الاتحاد والولايات في صلب الدستور الأمر الذي يحيط عملية تعديل الدستور وخصوصا التعديل الرسمي للدستور بحساسية وأهمية خاصة [١٠] .

هذا ونلاحظ أن الحساسية الخاصة التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لتعديل الدساتير الاتحادية أدت إلى كون تعديل هذه الدساتير عملية صعبة ومعقدة ومتداخلة خصوصا فيما يتعلق بتوزيع السلطات بين الاتحاد والولايات . صعوبة التعديل الدستوري الرسمي للدساتير الاتحادية أدت في الواقع إلى قلة عدد هذه

(١٠) William Livingstone - Federalism and Constitutional change . Clarendon press , Oxford 1956 , P. 12 .

التعديلات مما أدى إلى استقرار وثبات في نصوص الدساتير الاتحادية بشكل أكبر مقارنة بدساتير الدول الموحدة [١١]. رغم إمكانية تغيير الدساتير بوسائل متعددة منها العرف وتفسيرات القضاء إلا أن التعديل الرسمي للدساتير عن طريق اتباع الإجراءات التي تنص عليها هذه الدساتير هو الوسيلة الأقوى بين كل تلك الوسائل [١٢]. التعديل الرسمي للدستور يؤدي إلى حسم النزاع حول صحة أو عدم صحة العرف أو التفسير الذي ينشأ في ما يتعلق بنصوص الدستور .

التعديل الدستوري الرسمي يعكس بشكل واضح إرادة السلطة التأسيسية لتعديل أحكام الدستورفي الدول ذات الاتحاد الفيدرالي تشترك الولايات مع الاتحاد في هذه العملية [١٣] (السلطة التأسيسية في هذه الحالة هي السلطة التأسيسية الفرعية مقارنة بالسلطة التأسيسية الأصلية التي تكون مهمتها إقرار الدستور ابتداءً) .

رغم احتمال تغيير أحكام الدستور بوسائل وطرق متعددة إلا أن التعديل الرسمي في نصوص الدستور هو الأقوى والأكثر فاعلية .

عندما نطلق كلمة " التعديل الدستوري " فإننا نقصد بها التعديل الرسمي

---

(١١) Livingstone P 295 مع ملاحظة أن أقدم دستور مدون مازال ساريا حتى هذا اليوم هو دستور الولايات المتحدة الأمريكية ، وهو في نفس الوقت أول دستور يتم إنشاء اتحاد فيدرالي حديث فيه .

(١٢) Sanford Levinson , How many times has the United States Constitution been amended , sanford in Levinson (ed), Responding To imperfection 1995 , p.15 .

(١٣) Donald S.Lut Z , Toward a Theory of ConstitUtional Amendment , in : Responding To Imperfection By : Sanford Levinson (ed .) 1995 , P 237 .

للدستور دون الوسائل الأخرى للتعديل الدستوري [14] .

الدستور المؤقت للإمارات العربية المتحدة هو دستور ينشىء دولة ذات اتحاد فيدرالي ، لذلك فهو من هذا المنطلق يشترك مع الدساتير الأخرى ذات الاتحاد الفيدرالي في بعض الخصائص .

من خصائص الدساتير الفيدرالية اشتراطها لإجراءات خاصة في التعديل الرسمي لنصوصها . إن دراسة التعديل الرسمي للدساتير الاتحادية تؤدى إلى فهم صعوبة هذه الاجراءات وما ينتج عنها من قلة التعديلات .

قلة التعديلات الرسمية للدساتير الاتحادية مع الحاجة إلى تغيير هذه الدساتير بمرور الزمن وتغير الظروف يؤدي إلى تزايد أهمية الوسائل الأخرى (غير الرسمية) .

من النتائج التي يمكن أن تترتب على تعذر إجراء التعديلات الرسمية للدستور الاتحادي نتيجة للصعوبة الشديدة في الاجراءات الرسمية للتعديل الخروج على الدستور أو استخدام وسائل عنيفة للتعديل مما قد يؤدي إلى تفكك الاتحاد .

سوف ندرس في ثلاثة أجزاء تعديل الدستور في كل من الولايات المتحدة وكندا ودولة الامارات العربية المتحدة .

الهدف من الدراسة هو معرفة خصوصية الإجراءات الرسمية لتعديل الدساتير الاتحادية والتعامل مع تعديلات الدستور في دولة الامارات بما يتماشى مع حقيقة صعوبة هذه التعديلات وانطلاقا من خصوصية التعديل لكون الدولة ذات اتحاد فيدرالي .

---

(١٤) لمعرفة الوسائل المختلفة للتعديل في الدستور لطفا راجع John Vile Constitutional change in the U.S , Praeger publishers , west port , 1994, P 5 .

اولا
تعديل الدستور في الولايات المتحدة الأمريكية

تطور الدستور الأمريكي:
الدستور الكونفدرالي لعام ١٧٧٧:

تم إعلان إنشاء اتحاد بين ثلاث عشرة ولاية في أمريكا الشمالية عام ١٧٧٧ ويسمى هذا الاتحاد الإتحاد الكونفدرالي وقد تم في ذلك العام إقراربنود الاتفاقية التي أعلنت إنشاء ذلك الإتحاد . والإتحاد الذي نشأ بموجب هذه الاتفاقية هو اتحاد ضعيف ولكنه أوجد النواة الأصلية التي تطور منها بعد ذلك الاتحاد الفيدرالي الأمريكي.

ومن ضمن العيوب التي اتضحت من الناحية العملية في الاتحاد الكونفدرالي هو ضعف جوانب التنسيق بين الولايات [١٥]. وكان السبب الأساسي في ضعف الإتحاد هو الرغبة التي كانت موجودة عند مؤسسي الإتحاد في المحافظة على استقلال الولايات والتخوف من هيمنة بعض الولايات في الإتحاد على الولايات الأخرى . وانعكست الرغبة في المحافظة على استقلال الولايات عن بعضها وكذلك عن الاتحاد في بنود الاتفاق الذي أنشأ الاتحاد الكونفدرالي حيث نص الاتفاق في المادة (١٣) على أن الكونجرس سوف يقوم بتعديل بنود الاتفاق بشرط موافقة جميع الولايات : يتم اتخاذ القرار في الولايات بشأن تعديل الاتفاق بواسطة السلطة

(١٥) Jack N. Rakove , The First Phases of American Federalism , in Mark Tushnet , Comparative Constitutional Federalism, Green wood. Press , New York , 1990 P 5 .

التشريعية لكل ولاية [16].

وقد كان النص في اتفاقية انشاء الاتحاد الكونفدرالي على اشتراط إجماع الولايات لتعديل بنود هذا الاتفاق سببا في التطور الذي حدث في عام ١٧٨٧ وأدى إلى تجاوز نصوص معاهدة انشاء الاتحاد الكونفدرالي وإصدار الدستور الفيدرالي . ويعتبر هذا التطور دليلا على فشل إجراءات التعديل التي نص عليها معاهدة انشاء الاتحاد الكونفدرالي مما أدى إلى تجاهلها تجاهلا كاملا فيما يشبه الثورة على نصوص تلك الاتفاقية [17]. فبنود هذه الاتفاقية كانت بحاجة إلى تعديل في بعض الجوانب ، بينما اشتراط الاجماع حال دون صدور ذلك التعديل ، مما أدى إلى تغيير تلك الاتفاقية وذلك بإصدار الدستور الفيدرالي والنص فيه على عدم اشتراط الاجماع لتعديله .

الدستور الفيدرالي لعام ١٧٨٧ :

نتيجة لعدم ملاءمة نصوص اتفاقية انشاء الاتحاد الكونفدرالي لحاجة الولايات ونتيجة لصعوبة تعديل نصوصها وعدم مرونتها تم تغيير الاتحاد بين الولايات إلى إتحاد فيدرالي بموجب الدستور الذي صدر في عام ١٧٨٧ .

بدأت إجراءات وضع الدستور الجديد بأن اقترح الكونجرس " الذي نشأ بموجب الاتحاد الكونفدرالي " عدة تعديلات دستورية لزيادة سلطته وسلطة الحكومة الإتحادية بشكل عام . ولكن لم يحصل أي من مقترحات الكونجرس على موافقة

(١٦) John Vil , American Views of the Constitutional Amending Process : An Intellectual history of Article V ,The American Journal of Legal History Vol. xxxv 199 , p 47 .

(١٧) Vile , Supra .

الولايات بالإجماع وبالتالي فشل الكونجرس في محاولة تعديل الدستور [18] .

وفي مواجهة الفشل في الحصول عى تعديلات للدستور الكونفدرالي فقد قام أنصار تعزيز الإتحاد بمحاولة الدعوة إلى مؤتمر دستوري لتعديل نصوص الدستور الكونفدرالي أو استبدال الدستور وذلك لمواجهة الظروف التي نشأت منذ تأسيس الإتحاد [19] .

وقد صدر إعلان (أنابوليس) في سبتمبر ١٧٨٦ بعقد مؤتمر دستوري مكون من ممثلين للولايات . وقد قوبلت الدعوة باستجابة غير متوقعة حيث حضر مؤتمر فيلادلفيا الذي عقد في ١٧٨٧ ممثلين من اثنتى عشرة ولاية من الولايات الثلاث عشرة .

وكان المطروح من أنصار الإتحاد على المؤتمر ثلاث مسائل مهمة وهي زيادة صلاحيات الإتحاد بإعطاء الكونجرس حق التشريع بشكل مباشر (دون حرمان الولايات من هذا الحق) والقضية الثانية هي حماية حقوق الأفراد والقضية الثالثة هي ضمان مرونة الدستور بتغيير شروط وإجراءات تعديل الدستور لضمان مسايرته للحاجة إلى التغيير .

اتضح في مؤتمر فيلادلفيا وجود اتجاهين أحدهما يدعو إلى تقوية الاتحاد وتعزيزه وذلك لعلاج حالة الضعف التي كانت موجودة في العلاقة بين الولايات في الاتحاد الفيدرالي ويدعو الاتجاه الآخر إلى الحذر من تقوية الاتحاد ويدعو إلى المحافظة على الاستقلال الذاتي للولايات . وكانت الغلبة في النهاية لاتجاه وسط

(١٨) Jack Rakove , supra .

(١٩) Richard B. Bernstein and Jerome Agel , Amending Amerca , University Press of Kansas , Lawrance , 1993 , P 14 .

يقـوي الاتحـاد بشكل واضح بالمقـارنة مع الاتحـاد الكونفـدرالي وفي نفس الوقت يحافظ على استقلال ذاتي للولايات · وقد عالج الدستور الجديد نقاط الضعف في الدستور الكونفدرالي ·

ومن أوجه علاج نقاط الضعف في الدستور الكونفدرالي أنه تم إعطاء سلطة تشريعية حقيقية للإتحاد وهي استحداث إجراءات جديدة لتعديل الدستور لا تشترط الاجماع·

ولقد كان أنصار استحداث إجراءات جديدة لتعديل الدستور يدافعون عن وجهة نظرهم بالقول بأن التعديلات الدستورية سوف تكون ضرورية في المستقبل وأن النص على إجراءات سهلة نسبيا والحصول على التعديلات باتباع نصوص الدستور أفضل من الاعتماد على الصدفة أو العنف للوصول إلى هذا الهدف·[٢٠]

كانت الدعوة إلى المؤتمر الدستوري وصياغة الدستور الجديد نتيجة مباشرة لفشل نصوص الدستور الكونفدرالي في إعطاء المرونة الضرورية للدستور للسماح بالاستجابة لحاجة المجتمع في معالجة المشاكل والاستجابة للتطور·

إجراءات تعديل الدستور الامريكي:

تنقسم إجراءات تعديل الدستور الأمريكي المنصوص عليها في المادة الخامسة من الدستور إلى جزئين · الجزء الأول يتعلق باقتراح التعديل والجزء الثاني يتعلق باقرار التعديل ·

مرحلة الاقتراح:

تنص المادة الخامسة من الدستور على أن اقتراح التعديل الدستوري يكون

(٢٠) Vile , Supra P 48 .

بإحدى وسيلتين :

الوسيلة الأولى : وهي إقتراح من الكونجرس ويكون ذلك بأغلبية الثلثين في كل من مجلسي الشيوخ والنواب ٠

الوسيلة الثانية : وهى موافقة مؤتمر دستوري (Convention) خاص على المستوى الاتحادي تتم الدعوة له بواسطة ثلثي المجالس التشريعية للولايات ٠

مرحلة الإقرار:

كما تنص المادة الخامسة من الدستور على أن إقرار التعديل الدستوري كذلك يكون بإحدى وسيلتين :

الوسيلة الأولى : وهي موافقة المجالس التشريعية في ثلاثة أرباع الولايات ٠

الوسيلة الثانية : هي موافقة مؤتمرات دستورية في ثلاثة أرباع الولايات ٠

وبمراجعة تاريخ التعديلات الدستورية في الولايات المتحدة فإن كل التعديلات تمت باقتراح من الكونجرس وإقرار ثلاثة أرباع السلطات التشريعية للولايات ٠ وذلك يعني أن أسلوب المؤتمرات الدستورية في اقتراح وإقرار التعديل لم يتم استخدامه مطلقا في الماضي ، ماعدا حالة التعديل الحادي والعشرين الذي تم إقراره بواسطة مؤتمرات دستورية على مستوى الولايات ، وإن كان البعض يدعو إلى اللجوء إلى هذا الأسلوب في المستقبل وخصوصا للتغلب على ممانعة الكونجرس في الاستجابة لبعض الآراء المطالبة بتعديل الدستور [٢١] ٠

(٢١) John R.Vile , Contemporary Constitutional Questions Surrounding the Coustitutional Amending Process , Praeger Publishers , westport 1993 , p58.

إن الإجراءات التي نصت عليها المادة الخامسة من الدستور الأمريكي لتعديله هي إجراءات أصعب من إجراءات إصدار القوانين ما يؤدي إلى كون الدستور دستورا جامدا لا يتم تعديله إلا عند توفر الحاجة وموافقة عدة جهات معنية بنصوص الدستور وتطبيقها .

ومن الناحية العملية فإن تعديل الدستور يكون باقتراح من الكونجرس وهو السلطة التشريعية الإتحادية وموافقة ثلاثة أرباع الولايات. فالسلطة التشريعية الإتحادية تقترح وتعد إقتراح التعديل وتعرضه على الولايات التي تكون مختصة باقرار التعديل. والأغلبية المطلوبة في الكونجرس لإصدار إقتراح التعديل هي أغلبية خاصة وهي أغلبية ثلثي الحاضرين في كل من مجلس الشيوخ ومجلس النواب .

وتطبيقا لمشاركة الولايات وحرصا على توازن التعديلات من حيث عدم تعريض مصالح الولايات إلى الخطر فقد اشترط الدستور موافقة ثلاثة أرباع الولايات على الإقتراح . واشتراط موافقة ثلاثة أرباع الولايات فيه تحقيق لضمان مصالح الولايات وفي نفس الوقت تجنب الدستور إشتراط إجماع الولايات مقارنة بالدستور الكونفدرالي .

لقد أثبتت التجربة أن اشتراط إجماع الولايات قد أدى إلى استحالة إجراء التعديلات الدستورية .

ولذلك فإن اشتراط موافقة ثلاثة أرباع الولايات يضمن عددا كافيا من الولايات بحيث يتجنب اتفاق مجموعة من الولايات للإضرار بمجموعة أخرى .

لذلك فإن نتيجة للإجراءات التي نص عليها الدستور لاقرار التعديلات الدستورية هو أن أصبح إقرار هذه التعديلات ممكنا مع صعوبة الوصول إلى هذا الإقرار . وكذلك فإن الاجراءات تضمن مشاركة الإتحاد بجعل الاقتراح في يد السلطة التشريعية الاتحادية وتضمن مشاركة الولايات بجعل الإقرار في يد الولايات .

وقد نصت المادة الخامسة من الدستور الأمريكي على منع صدور أي تعديل دستوري قبل سنة ١٨٠٨ يمس شرعية استيراد الرقيق . وكذلك فقد نصت المادة الخامسة على منع صدور أي تعديل دستوري يحرم أي ولاية من حقها في المساواة مع بقية الولايات في التمثيل في مجلس الشيوخ إلا إذا وافقت هذه الولايه على التخلي عن هذا الحق .

تاريخ التعديلات الدستورية الأمريكية:

لقد أثبتت إجراءات تعديل الدستور الأمريكي المنصوص عليها في المادة الخامسة أن التعديل ممكن ولكنه ليس سهلا . وقد أثبتت بعض التجارب أن إجراء التعديل يتطلب وقتا طويلا ويؤدي في بعض الأحيان إلى عدم التأكد من مدى شرعية الإستمرار في المحاولة رغم المدة الزمنية الطويلة . لذلك وابتداء من التعديل الثامن عشر بدأ الكونجرس يحدد مدة زمنية لاقتراحات تعديل الدستورفإذا لم يتم إقرار التعديل خلال هذه المدة ولم يتم تمديدها فإن الإقتراح يكون لاغيا .

وقد بدء اختبار اجراءات التعديل في الدستور بعد إقراره مباشرة وذلك استمرارا للنقاشات التي تمت خلال عملية إقرار الدستور .

وأول تعديل للدستور كان هو إضافة عشرة تعديلات وهي ما يسمى بلائحة الحقوق . وبعد ذلك استمرت التعديلات وكان إقرار أخرها عام ١٩٩٢ وهو التعديل السابع والعشرين .

لائحة الحقوق: ١٧٩١:

بعد إقرار الدستور الأمريكي استمر المناوئين لتقوية الاتحاد في حملتهم ضد الدستور الجديد وكانت لهم في البداية حجتين الأولى هي أن إجراءات تعديل الدستور صعبة جدا وتكاد تكون مستحيلة التطبيق ، والحجة الثانية هي أن هناك قصورا شديدا في الدستور لعدم احتوائه على قائمة لحقوق الأفراد . وبناء على ذلك فقد ابتدأ المناوئين للإتحاد في الدعوة إلى مؤتمر دستوري جديد وذلك لأن إقرار قائمة لحقوق الأفراد في الدستور مهم جدا وبناء على أن إقرار هذه القائمة باتباع الإجراءات التي نص عليها الدستور غير ممكن [٢٢] .

وكان أنصار الإتحاد يتخوفون من أن عقد مؤتمر دستوري جديد لن يقتصر النقاش فيه على قائمة الحقوق وقد يؤدي الدستور الجديد إلى إضعاف الإتحاد .

وبناء على ذلك فقد تم إصدار اقتراح التعديل في أول كونجرس يتم إنشاؤه بعد إقرار الدستور واحتوت اقتراحات التعديل على اثنى عشر اقتراحا منها عشرة هي ما يسمى بقائمة الحقوق واثنين من الاقتراحات الأخرى .

وفي عام ١٧٩١ تم إقرار عشرة تعديلات دستورية وهي الآن التعديلات من ١ إلى ١٠ في الدستور الأمريكي . وهذه التعديلات هي ثمانية تعديلات وهي من

(٢٢) John Vile , American Views of the Constitutional Amending process , P 49.

الأول إلى الثامن وهي في الحقيقة تتعلق بحقوق الأفراد وهي من أهم أجزاء الدستور الأمريكي الحالي .

وتحتوي هذه التعديلات الثمانية على حرية التعبير والحرية الدينية ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ المحاكمة الجنائية باتباع الإجراءات القانونية وحرية الإجتماع والتجمع .

أما التعديل التاسع فينص على أن نص الدستور على عدد من حقوق الأفراد ليس معناه إلغاء بقية الحقوق التي يتمتع بها الأفراد .

والتعديل العاشر ينص على أن كل السلطات التي لم يتم إعطاؤها بموجب نصوص الدستور إلى الإتحاد فإن المختص بها هي الولايات أو الشعب .

أما التعديلان اللذين لم يتم إقرارهما في ذلك الوقت فأحدهما يتعلق بعدد أعضاء مجلس النواب مقارنة بعدد السكان في كل دائرة انتخابية والثاني ينص على أن أي قرار يصدره الكونجرس بزيادة مخصصات أعضائه لن يتم تطبيقه إلا ابتداء من الدورة التشريعية التالية .

التعديل الحادي عشر: ١٧٩٨

بدأ إقتراح هذا التعديل في عام ١٧٩٤ وموضوع هذا التعديل هو أن القضاء الاتحادي لا يختص بالدعاوي التي ترفع ضد إحدى الولايات بواسطة مواطني إحدى الولايات الأخرى أو الدول الأجنبية .

وقد جاء إقتراح هذا التعديل ردا على الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا عام

١٨٩٣ في قضية جيشلوم ضد جورجيا [٢٣] . وكانت المحكمة قد حكمت باختصاص القضاء الاتحادي بالدعاوي المرفوعة ضد إحدى الولايات بواسطة مواطني الولايات الأخرى . وبهذا التعديل فقد ابتدأت ظاهرة جديدة وهي استخدام أسلوب التعديل الدستوري للرد على قرارات المحكمة العليا المخالفة لرأي الكونجرس والسلطات التشريعية للولايات .

التعديل الثاني عشر ١٨٠٤:

هذا التعديل جاء لعلاج مشكلة انتخابية حدثت في الانتخابات الرئاسية حيث حصل اثنان من المرشحين على عدد متساوي من الأصوات .

ولذلك فإن مضمون هذا التعديل هو وجوب أن يصوت المندوبين في الانتخابات الرئاسية لكل من الرئيس ونائب الرئيس كل على حدة .

التعديل الثالث عشر ١٨٦٥ والرابع عشر ١٨٦٨ والخامس عشر ١٨٧٠:

هذه التعديلات الثلاثة حدثت بسبب الحرب الأهلية الأمريكية . وقد كان سببا أساسيا من أسباب الحرب الأهلية هو حرص الولايات الجنوبية على الاحتفاظ بتجارة الرقيق .

وخلال الحرب الأهلية نادى الكثيرين بتغيير إجراءات تعديل الدستور لأن هذه الإجراءات فشلت حسب وجهة نظرهم في تحقيق التعديل الدستوري وتجنب الحرب[٢٤] .

ولكن ومع انتصار الولايات الشمالية المعارضة لتجارة الرقيق أثبتت إجراءات تعديل الدستور بأنها قادرة على الاستجابة لمتطلبات التغيير وذلك بأن تم إقرار

(٢٣) John Vile , Contemporary Questions , P 4 .

(٢٤) Vile , Supra P 5 .

ثلاثة تعديلات دستورية بعد نهاية الحرب الأهلية .

التعديل الثالث عشر ألغى مبدأ الرق وتسخير الانسان لخدمة غيره بغير إرادته الحرة وخول الكونجرس جميع الصلاحيات لتحقيق مضمون هذا التعديل .

التعديل الرابع عشر يقضي بإعطاء الجنسية الأمريكية لكل الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة أو الذين تم تجنيسهم كما يقضي بإعطائهم الرعويه في الولاية التي يقيمون فيها .

وقضى هذا التعديل كذلك بمنع الولاية من حرمان هؤلاء الأشخاص من حقوقهم وضماناتهم القانونية أو من حرمانهم من حق المساواة مع غيرهم . وقد جاء هذا التعديل لإلغاء المبدأ الذي وضعته المحكمة العليا في عام ١٨٥٧ في قضية دريد سكوت والذي كان من أسباب قيام الحرب الأهلية الأمريكية . وقد زادت أهمية هذا التعديل ابتداء من الخمسينات من هذا القرن .

التعديل الخامس عشر يتضمن منع الاتحاد أو الولايات من حرمان المواطنين من التصويت في الانتخابات بسبب اللون أو الأصل العنصري أو بسبب سبق كون الشخص رقيقا مستعبدا للأخرين .

التعديلان السادس عشر والسابع عشر ١٩١٣:

لم يتم إقرار أية تعديلات دستورية بين عامي ١٨٧٠ و ١٩١٣ . في عام ١٩١٣ ثم إقرار تعديلين دستوريين هما السادس عشر والسابع عشر .

التعديل السادس عشر جاء لإلغاء مبدأ وضعته المحكمة العليا والذي كان مضمونه حرمان الإتحاد من فرض الضرائب على الدخل .

ومضمون التعديل السادس عشر هو تخويل الاتحاد بفرض الضرائب على الدخل من أي مصدر كان هذا الدخل .

التعديل السابع عشر جاء لتأكيد مبدأ ديموقراطية التمثيل في مجلس الشيوخ حيث قرر انتخاب أعضاء هذا المجلس بواسطة الناخبين مباشرة كبديل للنظام السابق والذي كان بموجبه أعضاء مجلس الشيوخ يتم اختيارهم بواسطة المجالس التشريعية للولايات .

التعديل الثامن عشر ١٩١٩ والتعديل الحادي والعشرين ١٩٣٣ (ومضمون هذا التعديل إلغاء التعديل الثامن عشر) :

مضمون التعديل الثامن عشر هو تحريم صنع وبيع ونقل المشروبات الكحولية المسكره في أمريكا وتحريم استيرادها من الخارج أو تصديرها للدول الأخرى .

وهذا التعديل هو أول تعديل يتضمن مدة زمنية لاقراره بحيث إذا لم يتم إقراره خلال هذه المدة فإن الاقتراح يعتبر لاغيا . والمدة التي حددها الاقتراح لاقراره هي سبع سنوات .

وقد أثار هذا التعديل خلافات كثيرة حول مدى سلطة الاتحاد على موضوعه وحول إجراءات إقراره . وقد ازدادت حالات مخالفة مضمون هذا التعديل الدستوري مما حدا بالكونجرس إلى بدء إجراءات إلغائه .

وتحقق إلغاء التعديل الثامن عشر بواسطة التعديل الحادي والعشرين عام ١٩٣٣ .

والتعديل الحادي والعشرين هو التعديل الوحيد الذي لم يتم إقراره بواسطة

السلطات التشريعية للولايات للولايات وإنما تمت الدعوة إلى مؤتمرات دستورية خاصة في الولايات وتم إقرار التعديل بواسطة هذه الموتمرات الدستورية .

التعديلين التاسع عشر ١٩٢٠ والعشرين ١٩٣٣:

مضمون التعديل التاسع عشر هو إعطاء حق الانتخاب للنساء وكان إقرار هذا التعديل نهاية لصراع طويل لحصول النساء على هذا الحق .

ومضمون التعديل العشرين هو التعجيل بتسلم الرئيس الجديد المنتخب وأعضاء الكونجرس الجدد لمناصبهم تجنبا لسلبيات المدة الطويلة بين الانتخاب وممارسة مهام المنصب .

التعديلات الثاني والعشرين ١٩٥١ والثالث والعشرين ١٩٦١ والرابع والعشرين ١٩٦٤ والخامس والعشرين ١٩٦٧ والسادس والعشرين ١٩٧١:

التعديل الثاني والعشرين جعل الحد الأقصى لتولي منصب الرئاسة دورتين متتاليتين . وكان ذلك لمنع تكرار ما حدث عندما تولى الرئيس روزفلت الرئاسة لمدة طويلة .

التعديل الثالث والعشرين يتعلق بإعطاء سكان منطقة العاصمة الإتحادية حق الانتخاب في انتخابات الرئاسة الأمريكية بدلا عن حرمانهم في السابق من هذا الحق لأن هذه المنطقة ليست إحدى ولايات الاتحاد .

التعديل الرابع والعشرين ألغي حق الاتحاد أو الولايات في حرمان المواطنين الذين لم يدفعوا الضرائب من المشاركة في التصويت في الإنتخابات الرئاسية أو التشريعية .

التعديل الخامس والعشرين يتعلق بالإجراءات اللازم اتباعها في حالة عجز الرئيس عن ممارسة عمله .

التعديل السادس والعشرين أعطى حق الانتخاب لمن بلغوا ثماني عشرة سنة فأكثر .

التعديل السابع والعشرين: ١٩٩٢

يتعلق هذا التعديل بتأجيل تطبيق أي قرار بزيادة رواتب أعضاء الكونجرس حتى بداية الدورة التشريعية التالية .

ولهذا التعديل قصة غريبة جدا :

هذا التعديل تم اقتراحه في عام ١٧٨٩ وكان من بين اثنى عشر تعديلا تم اقتراحها في أول كونجرس بعد إقرار الدستور مباشرة .وقد صدرت عشرة من هذه التعديلات وهي ما يعرف بقائمة الحقوق .

وهذا التعديل لم يحصل إلا على تأييد ست ولايات في الوقت الذي أقرت فيه التعديلات العشرة المتزامنة معه [٢٥] .

وخلال حوالي مائتي سنة اعتبر الكثيرين بأن هذا الاقتراح قد انتهى لعدم حصوله على النسبة المطلوبة من الولايات لاقراره . ولم يحدث خلال المائتي سنة إلا على موافقة ولاية أوهايو سنة ١٨٧٣ .

وفي سنة ١٩٨٢ بدأت الظاهرة الغريبة جدا وهي عودة الحياة إلى هذا الاقتراح

(٢٥) Michael S. Paulson , A General Theory of Article V : The Constitutional Lessons of the Twenty - Seventh Amendment , Yale L. J. (vol . 103 : 677) 1993 , P678 .

والتي انتهت باقراره . تصادف أن أحد الطلاب في السنة الرابعة من دراسته الجامعية كتب بحثا وخلال كتابته للبحث اكتشف أن هذا الاقتراح مازال قائما وبدأ حمله لانعاش هذا الاقتراح[٢٦].

بتاريخ ١٩٩٢/٥/٧ كانت ولاية ميشيجان هي الولاية الثامنة والثلاثين التي تقر التعديل وبذلك اكتملت نسبة ثلاثة أرباع الولايات المطلوبة لتعديل الدستور وصدر التعديل في هذا التاريخ . وإقرار هذا التعديل بعد أكثر من مائتي سنة من اقتراحه أثار الكثير من التساؤلات ، منها أن إقرار الولايات لهذا التعديل لم يكن متزامنا ومنها أن المدة الزمنية الطويلة بين الاقتراح والإقرار تؤدي في نظر البعض إلى سقوط الاقتراح [٢٧].

القضايا المطروحة حول إجراءات تعديل الدستور الأمريكي:

الصياغة المختصرة لنص المادة الخامسة من الدستور الأمريكي والمدة الطويلة التي بقى فيها الدستور مطبقا أدت إلى إثارة الكثير من التساؤلات حول الإجراءات التي تضمنتها تلك المادة لتعديل الدستور الأمريكي .

من القضايا التي أثيرت حول تعديل الدستور هي القضية المتعلقة بالتفسير النهائي الملزم لنص المادة الخامسة من الدستور وخصوصا عندما يثار نزاع مثلا حول طول الفترة بين اقتراح التعديل وإقراره أو حول ما إذا كانت إحدى الولايات قد رفضت إقتراح التعديل فهل يجوز لها في وقت لاحق تغيير رأيها بالموافقة على الاقتراح . في قضية كولمان ضد ميلر التي صدر الحكم فيها عام ١٩٣٩ قررت

(٢٦) Michael Paulson , Supra P 679 .

(٢٧) Marcia Coyle , The National Law Journal , Monday June 1 , 1992 , P 10 .

المحكمة العليا أن تفسير المادة الخامسة هو من المسائل السياسية التي يختص بها الكونجرس ولا علاقة للقضاء بالنزاعات حول صحة إجراءات تعديل الدستور لغلبة الطابع السياسي عليها .[28]

ولكن إحدى المحاكم الإتحادية قررت في قضية أيداهو ضد فريمان عام ١٩٨١ بأن الإجراءات التي نصت عليها المادة الخامسة من الدستور تختص المحاكم بها وليس الكونجرس هو المختص بتفسيرها[29]. وهذا الرأي يؤيده الكثير من الكتاب[30].

وإلى جانب السؤال المهم حول مدى خضوع المادة الخامسة لتفسير القضاء ومدى قدرة القضاء على الحكم بشأن مطابقة الإجراءات التي اتخذت بخصوص تعديل ما لنصوص الدستور تبقى الأسئلة الأخرى مطروحة وهي مدى وجوب تزامن الإقتراح مع الاقرار ومدى ضرورة تزامن إقرار الولايات المختلفة للتعديل لصحة اكتمال العدد المطلوب من الولايات لصحة الإقرار .

ومن الأسئلة الأخرى المطروحة كذلك سؤال يتعلق بتأثير تغيير الولايات لرأيها حول إقرار الدستور كأن ترفض إحدى الولايات الاقتراح ثم في وقت لاحق تغير رأيها بالموافقة عليه أو أن توافق عليه في البداية ثم ترفضه في وقت لاحق.

ومن الأسئلة المطروحة كذلك سؤال يتعلق بمدى شرعية وضع مدة زمنية محددة للأقرار في صلب إقتراح التعديل . وكذلك مدى سلطة الكونجرس في

---

(٢٨) Walter Dellinger , The Legitimacy of Constitutional change : Rethinking The Amendment Process , Harvard L . R. (vol 97 : 386 1983 , p 390 .

(٢٩) John F . Carrol , State of Idaho V . Freeman (Recent cases / Constitutional Law) , Akron L . R. (vol 16 : 1 1982 , p 151 .

(٣٠) Laurance Tribe , Constitutional choices, Harvard U. Press, 1985 , P 23 .

تحديد الفترة المحددة للإقرار وماهي الأغلبية هل بأغلبية الاقتراح أم بالأغلبية المطلقة [٣١] .

ثانيا
تعديل الدستور في كندا

تطور الدستور الكندي:

إنشاء الاتحاد الفيدرالي في كندا:

قبل ١٩٨٢ كان الدستور الكندي هو The British North America Act وهو تشريع صادر من البرلمان البريطاني عام ١٨٦٧ . وبموجب هذا الدستور فإن كندا كانت دولة فيدرالية تتكون من عدد من المقاطعات Provinces إحداها هي كويبك وهي مقاطعة ناطقة بالفرنسية .

وقد استمر الاتحاد الفيدرالي في كندا مدة طويلة وفي خلال هذه الفترة توسعت كندا باتجاه الغرب .

وقد سمح النظام الفيدرالي لمقاطعة كويبك بأن تحافظ على خصوصيتها بوجود القوانين القائمة على النظام الفرنسي وسيطرة اللغة الفرنسية فيها [٣٢].

دستور ١٩٨٢:

يتكون الدستور الكندي الصادر في سنة ١٩٨٢ من عدة أجزاء . الجزء الأساسي هو ذي كندا آكت وهو (القانون أو التشريع الكندي) وملحق به ذي

(٣١) Michael Paulson Supra P 722 .

(٣٢) Peter W . Hogg , The Difficulty of Amending the Constitution of Canada , Osgoode Hall L . J . (Vol . 31 Nol) 1993 , p 44 .

كونستيتيو شن آكت (التشريع الدستوري) والذي يتضمن لائحة الحقوق (Charter of Rights) . كان صدور دستور ١٩٨٢ نتيجة للحاجة إلى تغيير دستوري في كندا للأخذ بعين الاعتبار كل التغييرات التي حصلت بالفعل منذ ١٨٦٧والتي بموجبها أصبحت كندا دولة مستقلة وتوطد فيها النظام الفيدرالي[٣٣] .

المشكلة التي واجهت تعديل الدستور خلال تطبيق دستور ١٨٦٧ هي عدم وجود إجراءات خاصة بتعديل الدستور تأخذ في الحسبان طبيعة النظام الفيدرالي.

والسؤال هو هل يختص الاتحاد وحده بتعديل الدستور أم لابد من موافقة الولايات (المقاطعات) .

الدستور الكندي هو بطبيعته تشريع بريطاني يحتاج إلى موافقة البرلمان البريطاني ثم تصديق الملكة لإجراء أي تغيير في نصوصه .

وكون الدستور هو تشريع صادر بموجب اجراءات اصدار التشريع العادي، رغم مافيه من ضمان لحقوق المقاطعات أنشأ مشكلة وهي التساؤل عن مدى وجوب أخذ موافقة الولايات قبل أن يقوم الاتحاد باستصدار التعديل من بريطانيا[٣٤] .

في خلال عامي ١٩٨٠ و ١٩٨١ حاول رئيس الوزراء الاتحادي أخذ موافقة المقاطعات على مشروع الدستور الجديد. فشل رئيس الوزراء في أخذ موافقة

(٣٣) W. R. Lederman, The supreme Court of Canada and Basic Constitutional Amendment , Revue De Droit De Mc Gill (vol 27) 1982 , P 527 .

(٣٤) Supra P . 529 .

الولايات حيث عارضت ثمان من الولايات من العشر المشروع [٣٥]. بدأ رئيس الوزراء الاتحادي إجراءات عرض مشروع الدستور الجديد على مجلسي العموم والشيوخ تمهيدا لاستصداره من بريطانيا .

كان رئيس الوزراء يتبنى الرأي القائل بأنه لاحاجة لأخذ موافقة الولايات تمهيدا لاستصدار الدستور الجديد حيث أن الإجراءات الرسمية لاستصدار التشريعات تقتضي فقط موافقة السلطة الاتحادية .

اعترضت الولايات على إصرار رئيس الوزراء على السير في مشروع استصدار الدستور الجديد وأقامت عدة دعاوي قضائية وصلت جميعها إلى المحكمة العليا وقررت المحكمة ضمها جميعا في قضية واحدة لاتحاد مواضيعها [٣٦] .

والسؤال الذي كان مطروحا أمام المحكمة العليا هو حول مدى وجود عرف دستوري في كندا يقضي بالأتي :

١- أن البرلمان البريطاني لن يصدر أية تعديلات جوهرية في الدستور الكندي إلا بناء على طلب من مجلسي البرلمان الكندي .
٢- أن البرلمان الكندي لن يطلب أي تعديل يؤثر بصورة مباشرة على العلاقات بين الحكومة الاتحادية والولايات إلا بعد التشاور مع الولايات وأخذ موافقتها .

وفي ظل غياب النص على اشتراط أخذ موافقة الولايات على المبدأ الثاني فإن

(٣٥) Peter Hogg , Supra P 250 .

(٣٦) Lederman , Supra P 527 .

السؤال هو :

هل هذا المبدأ ملزم وواجب التطبيق أم أنه غير ملزم للإتحاد . وللتعرف على مدى كون هذا المبدأ ملزما فإن مصدر إلزامه إما أن يكون القانون (بمعنى التشريع أو السوابق القضائية) أو العرف (Convention) .

خلصت المحكمة العليا إلى أن هذا المبدأ ملزم وإلى أن مصدر إلزامه هو العرف وإلى أنه ليس من الواجب إجماع الولايات على مشروع التعديل وإنما المطلوب هو أخذ موافقة أغلبية كافية من الولايات .

وبناء على قرار المحكمة الذي صدر في سبتمبر عام ١٩٨١ بدأت الحكومة الاتحادية في إعادة التشاور مع الولايات للاتفاق على مشروع تعديل دستوري تمهيدا لاستصداره . توصلت الحكومة الاتحادية وجميع الولايات باستثناء ولاية كويبك إلى إتفاق حول تعديل الدستور الكندي في نهاية ١٩٨١ . وقد صدر الدستور الكندي الجديد في عام ١٩٨٢ من البرلمان البريطاني الذي وافق على أنه ليس من الضروري إجماع الولايات في كندا على مشروع الدستور. ولذلك صدر الدستور بعد تصديق الملكة عليه [٣٧] .

وقد اشتمل الدستور الجديد على إجراءات تعديله .

إجراءات التعديل الدستوري بموجب دستور ١٩٨٢ :

يحتوي الجزء الخامس من الدستوري الكندي الصادر في عام ١٩٨٢ والذي يعتبر أحد ملاحق تشريع كندا على إجراءات تعديل الدستور .

---

(٣٧) D . V . Smiley , The Federal Condition in Canada , Mc Graw - Hill Ryerson Limited , Toronto , 1987 , P 28 .

إما أن يكون التعديل الدستوري (الاتحادي) غير مؤثر بصورة مباشرة على حقوق الولايات أو أن يكون له تأثير على الولايات . في الحالة الأولى يكون الاقتراح والإقرار من البرلمان الاتحادي وحده وفي الحالة الثانية لابد من موافقة البرلمان الاتحادي وكذلك موافقة الولايات .

١- اقتراح التعديل:

تبدأ عملية التعديل الدستوري باقتراح التعديل . في حالة التعديلات الاتحادية التي لا تمس بحقوق الولايات المنصوص عليها في الدستور يحق لأي من مجلسي البرلمان اقتراح التعديل أما في حالة التعديلات التي تمس بحقوق الولايات يحق لأي من مجالسي البرلمان وكذلك لكل مجلس من مجالس الولايات اقتراح التعديل[٣٨] .

٢- إقرار التعديل:

الاجراءات العامة : المادة ٣٨ والمادة ٤٢ :

يشترط لإقرار التعديل الدستوري الذي يؤثر في حقوق الولايات بموجب المادة ٣٨ موافقة ثلثي المجالس التشريعية للولايات على الأقل وكذلك موافقة مجلسي الشيوخ والعموم الاتحاديين .

فالأغلبية المطلوبة من الولايات هي سبع ولايات بإعتبار أن عدد الولايات هو عشر ولايات .

ويجب أن لا يقل عدد السكان في الولايات التي توافق على مشروع التعديل

(٣٨) Stephen A . Scott . , The Canadian Constitutional Amendment Process , Law and Contemporary Problems (vol . 45 : 4) 1982 , P 269 .

عن نصف عدد السكان في كندا ٠

وفي بعض المشاريع السابقة للدستور الجديد كانت ولاية كويبك تصر دائما على وجود حق النقض لها بحيث يسمح لها ذلك الحق بالاعتراض على مشروع التعديل ومنع صدوره وتمت كذلك الموافقة على منح نفس الحق لولاية أو لنتاريو (الولاية الكبيرة الثانية) أسوة بولاية كويبك ٠

ولكن في المشروع الأخير والذي صدر رسميا لايوجد حق اعتراض لأي من الولايات ٠

وفي المقابل تم منح حق الامتناع (وذلك بإعلان أي من الولايات عن رغبتها في عدم تطبيق التعديل فيها في بعض الشؤون) ٠

والأغلبية المطلوبة هي الأغلبية المطلقة لجميع أعضاء مجلسي البرلمان وكذلك الأغلبية المطلقة لجميع أعضاء المجالس التشريعية لثلثي الولايات [٣٩] ٠

ويكون تأثير اعتراض أي من الولايات على أي تعديل هو امتناع تطبيق ذلك التعديل في نطاق الولاية٠ وتستطيع الولاية المعترضة سحب اعتراضها في أي وقت سواء قبل أو بعد صدور التعديل ويتطلب سحب الاعتراض نفس الأغلبية في الولاية للموافقة على التعديل (الأغلبية المطلقه لجميع أعضاء المجلس التشريعي) ٠

وقد حدد الدستور (المادة ٣٩) مدة ثلاث سنوات كحد أقصى لصدور التعديل الدستوري ٠ وهذه المدة تحسب ابتداء من اقتراح التعديل بصفة رسمية إلى حصول المشروع على الأغلبية المطلوبة ٠

(٣٩) Supra , P 272 .

وتضيف المادة ٤٢ بأنه في حالة اقتراح تعديل دستوري يشمل مجموعة من المواضيع المهمة (محددة في المادة ٤٢) فإنه بالنسبة لهذه المواضيع فإن الولايات لايحق لها الاعتراض ٠

الإجراءات التي تشترط الإجماع : المادة ٤١

يشترط لصدور التعديل الدستوري في بعض المواضيع موافقة مجلسي البرلمان الاتحادي وكذلك جميع المجالس التشريعية للولايات ٠ وقد عددت المادة ٤١ المواضيع التي يشترط فيها الإجماع ٠

وتشمل هذه المواضيع صلاحيات الملكة والحاكم العام الاتحادي وحكام الولايات، وعدد الأعضاء الذين يمثلون أي من الولايات في مجلس الشيوخ واستخدام اللغة الإنجليزية أو الفرنسية ، وتشكيل المحكمة العليا ، وتعديل الجزء الذي يخص إجراءات تعديل الدستور٠

يتضح من دراسة إجراءات تعديل الدستور الكندي التي نصت عليها المادة الخامسة من الدستور الكندي أن تعديل الدستور يتطلب ثلاثة أنواع من الشروط بحسب موضوع التعديل ٠

فالنوع الأول وهو الاجراءات الخاصة بمشروعات التعديل التي لا تمس حقوق الولايات ٠ ويكون اقتراح التعديل من أي من مجلسي البرلمان الاتحادي ٠ ويكون اقرار التعديل من اختصاص البرلمان الاتحادي وحده وذلك بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين في كل من مجلسي الشيوخ والعموم ٠

النوع الثاني وهو الاجراءات الخاصة بمشروعات التعديل التي تمس بحقوق الولايات ولكنها لا تصل لاشتراط الاجماع. وفي هذه الحالة فإن اقتراح التعديل يكون من حق أي من مجلسي البرلمان الاتحادي أو أي من المجالس التشريعية في أي من الولايات .

ويشترط لاقرار التعديل في هذه الحالة موافقة مجلسي البرلمان الاتحادي بالأغلبية المطلقة لجميع الأعضاء. ويتطلب إقرار التعديل في هذه الحالة كذلك الأغلبية المطلقة لجميع الأعضاء في ثلثي الولايات وذلك بشرط أن لا يقل عدد سكان هذه الولايات عن نصف عدد سكان كندا .

والنوع الثالث من الإجراءات وهو الإجراءات الخاصة بمشروعات التعديلات التي تتناول بعض الموضوعات المهمة .

وفي هذه الحالة فإن اقتراح التعديل يكون من أحد مجلسي البرلمان الاتحادي أو أي من المجالس التشريعية في الولايات .

ويشترط لإقرار التعديل في هذه الحالة موافقة مجلسي البرلمان الاتحادي بالأغلبية المطلقة لجميع الأعضاء في كل من مجلسي البرلمان وكذلك موافقة جميع المجالس التشريعية في كل الولايات وذلك بالأغلبية المطلقة لجميع الأعضاء في كل من هذه المجالس .

وبناء على ذلك فإنه يتضح أن الدستور الكندي قد قسم إجراءات التعديل الدستوري حسب موضوع كل تعديل .

وجاء التقسيم لتأكيد أهمية مشاركة الولايات في التعديلات التي تمس حقوقها وكذلك اشتراط الإجماع في حالة التغييرات الدستورية المهمة كالتحول من الملكية إلى الجمهورية وكذلك بالنسبة لتغيير إجراءات تعديل الدستور .

لذلك فإن الدستور الكندي به بعض الإجزاء التي تدل على المرونة وبعض الأجزاء الأخرى يتضح فيها أنها جامدة وصعبة التعديل .

وفي الجزء الجامد من الدستور هناك درجتان من الجمود .

والمهم بالنسبة لدراستنا هو أن الاتحاد وحده لا يستطيع تعديل الدستور بشكل منفرد في المواضيع التي تؤثر على حقوق الولايات .

وكذلك بالنسبة للتعديل الذي يمس حقوق الولايات فإن الدستور يشترط أن يكون عدد سكان الولايات التي تقر التعديل لا يقل عن نصف عدد سكان الاتحاد وذلك لضمان عدم استغلال الولايات القليلة العدد مثل هذا الحق والاضرار بالولايات كبيرة العدد .

وكبديل لإعطاء ولايتي كويبك وأونتاريو حق النقض فإن الدستور قد أعطى لجميع الولايات حق إعلان عدم رغبتها في تطبيق التعديل عليها وذلك حتى لا تقف ولاية ما عائقا أمام التعديل .

محاولة تعديل الدستور في عامي ١٩٨٧ و١٩٩٢ :

منذ صدور دستور سنة ١٩٨٢ شهدت كندا محاولتين لتعديل الدستور ، وكانت نتيجة المحاولتين هي الفشل .

المحاولة الأولى وهي التي تمت في عام ١٩٨٧ وتسمى باتفاق بحيرة ميش

(The Meech Lake Accord) والمحاولة الثانية تمت في عام ١٩٩٢ وتسمى باتفاق تشارلت تاون (Charlottown Accord).

محاولة ١٩٨٧:

ترجع أسباب محاولة تعديل الدستور في ١٩٨٧ إلى الستينات من هذا القرن حيث بدأت ضغوط متعددة تطالب بتعديل الدستور وموازنة النظام الفيدرالي وإنصاف الغرب الكندي وضمان تميز مقاطعة كويبك وإصدار لائحة للحقوق الدستورية للأفراد تأثراً بحركة الحقوق الدستورية في أمريكا .

نتج عن استمرار الضغط لتعديل الدستور وتطور الأوضاع الذي أدى إلى الاستفتاء الذي تم في مقاطعة كويبك على الاستقلال عام ١٩٨٠ أن بدأت خطوات جدية نحو تعديل الدستور انتهت بصدور دستور ١٩٨٢[٤٠] .

وقد وافقت على مشروع الدستور الجديد في ١٩٨٢ جميع الولايات ماعدا ولاية كويبك مما يمكن أن يعيد إلى الظهور محاولة استقلال كويبك عن بقية ولايات كندا .

ولقد حاولت ولاية كويبك الطعن قضائيا في صحة دستور ١٩٨٢ ولكنها فشلت في هذه المحاولة . ولا تزال ولاية كويبك حتى اليوم غير راضية عن دستور ١٩٨٢ .

وفي محاولة لإرضاء ولاية كويبك ومعالجة بعض الجوانب الأخرى في الدستور

---

(٤٠) Roger Gibbins , Introduction to Constitutional Politics , In : Meech Lake and Canada : Prospectives from the west , Roger Gibbins (ed) , Academic Printing and Publishing , Alberta 1988 , P 4 .

بدأت محاولة تعديل الدستور في عام ١٩٨٧ ·

ولقد بدأت محاولة تعديل الدستور في عام ١٩٨٥ حيث أعلن رئيس وزراء كويبك عن خمسة شروط إذا تحققت فإن ولاية كويبك سوف توافق على الدستور وهذه الشروط كلها تؤدي إلى ضمان تميز ولاية كويبك وتعطيها القدرة على إيقاف أي تعديل دستوري في المستقبل يمكن أن يؤدي إلى القضاء على تفرد هذه الولاية·

وبعد دراسة طويله ومفاوضات حول مقترح ولاية كويبك اجتمع رؤساء الوزراء للولايات ورئيس الوزراء الاتحادي في بحيرة ميش في ٣٠ أبريل ١٩٨٧·

وفي خلال هذا الاجتماع تم إعلان اتفاق بحيرة ميش لتعديل الدستور الكندي وذلك باتفاق رؤساء الوزراء على النقاط الخمس التي اشترطتها ولاية كويبك ·

وحيث أن جزءا من هذه النقاط الخمس تتعلق بإجراءات تعديل الدستور فإن صدور التعديل كان يتطلب إجماع المجالس التشريعية لكل الولايات وموافقة البرلمان الاتحادي · وبعد الاجتماع بدأت عملية التصويت على المشروع في برلمانات الولايات وكانت النتيجة أن رفضت اثنتين من المجالس التشريعية في الولايات مشروع تعديل الدستور وأدى ذلك إلى نهاية هذه المحاولة [٤١].

محاولة ١٩٩٢:

أدى إخفاق محاولة ١٩٨٧ إلى استياء وإحباط شديد في ولاية كويبك وابتدأت محاولة الاستقلال من جديد · أحس سكان كويبك أن بقية أجزاء كندا غير مستعدين لتفهم مطالبهم والتجاوب معها ·

(٤١) Peter Hogg , Supra P 48 .

أصدرت إحدى لجان المجلس التشريعي لولاية كويبك تقريرا يدعو إلى إجراء استفتاء دستوري في صيف أو خريف عام ١٩٩٢ وذلك لتقرير استقلال كويبك عن بقية ولايات كندا . ودعى التقرير كذلك إلى إنشاء لجنة برلمانية لبحث أي عرض تتقدم به الحكومة الاتحادية بشأن تعديل الدستور الكندي . وقرر برلمان ولاية كويبك إجراء استفتاء دستوري حول استقلال كويبك في موعد أقصاه ٢٦ أكتوبر ١٩٩٢ . وقد أصبح موعد ١٩٩٢/١٠/٢٦ حدا أقصى للتوصل إلى اتفاق بين كويبك والحكومة الاتحادية لتجنب الوصول إلى الاستفتاء الدستوري وما قد يؤدي إليه من انفصال هذه الولاية عن الاتحاد .

أصبح من الواضح ضرورة وجود اقتراح جديد للتوصل إلى إتفاق يؤكد بقاء كويبك في الاتحاد ويتجنب احتمال استقلالها .

وقد تم التوصل إلى اتفاق بين رؤساء الوزراء للولايات ورئيس الوزراء الاتحادي في ١٩٩٢/٨/٢٦ في مدينة تشارلت تاون حول مشروع تعديل دستوري ووافق برلمان ولاية كويبك على إلغاء الاستفتاء على الاستقلال .

وبموجب إجراءات تعديل الدستور الكندي المنصوص عليها في الجزء الخامس من الدستور فإن الموافقة على مشروع التعديل كانت تتطلب إجماع المجالس التشريعية للولايات وكذلك موافقة مجلس البرلمان الاتحادي . والسبب في اشتراط إجراءات الاجماع للتعديل هو وجود مشروع تعديل في النصوص الدستورية المتعلقة بتعديل الدستور .

ورغم ذلك فإن بعض الولايات ومنها كويبك كانت قد أصدرت قوانين محلية

تشترط عرض أي تعديل دستوري في استفتاء دستوري محلي .

وكذلك قرر جميع رؤساء الوزراء الموجودين في الاجتماع إجراء استفتاء دستوري على المستوى الاتحادي قبل السير في إجراءات اقراره بواسطة المجالس التشريعية .

وكانت نتيجة الاستفتاء الدستوري على المستوى الاتحادي هي رفض مشروع التعديل وكذلك كانت النتيجة على مستوى ولاية كويبك هي رفض مشروع التعديل. وبعد فشل محاولة تعديل الدستور في هذه المرة كما فشلت المحاولة الأولى في عام ١٩٨٧ توقفت محاولات تعديل الدستور وخصوصا أن هذه المحاولات قد سببت إرهاقا واستغرقت جهودا كبيرة بدون التوصل إلى أية نتيجة مقبولة [٤٢] .

الإستفتاء الشعبي على استقلال كويبك في اكتوبر ١٩٩٥:

استمرارا لمساعدي الإنفصالية لولاية كويبك الناتجة عن عدم الرضى عن الضمانات التي تتمتع بها هذه الولاية في دستور ١٩٨٢ جرى استفتاء شعبي لتقرير استقلال الولاية عن كندا .

يعتبر استفتاء ١٩٩٥ في ولاية كويبك ثاني استفتاء شعبي حول قضية الاستقلال عن كندا .

الاستفتاء الأول كان في عام ١٩٨٠ وذلك قبل إقرار دستور ١٩٨٢ وكانت نتيجة الاستفتاء ٦٠٪ لصالح البقاء مع كندا و ٤٠٪ لصالح الانفصال .

---

(٤٢) Supra P 42 .

بالمقارنة مع استفتاء ١٩٨٠ فإن نتيجة إستفتاء ١٩٩٥ هي ٥١٪ لصالح البقاء مع كندا و ٤٩٪ لصالح الانفصال .

ولقد كانت الكثير من استطلاعات الرأي تشير إلى إمكانية نجاح الانفصالين مما أثار الكثير من التساؤلات حول مستقبل الاتحاد الفيدرالي في كندا .

ومع أن الاتحاديين كانت لهم الغلبة فإن هذه الغلبة لم ولن تنهي محاولات الانفصال عن الاتحاد .

ضمن حملة الحكومة الاتحادية لتجنب انفصال كويبك ولاقناع الناخبين برفض الانفصال صدرت تصريحات من رئيس الوزراء الاتحادي يتعهد فيها بإجراء تعديل دستوري للاستجابة لرغبات سكان كويبك .

لعل النتيجة الضعيفة والفارق البسيط الذي رجحت به كفة الاتحاديين يؤثر في سرعة بدء إجراءات تعديل الدستور لضمان عدم تكرر المحاولة الانفصالية ويؤثر كذلك في مضمون التعديل الجديد [٤٣] .

ثالثا

تعديل الدستور في دولة الإمارات العربية المتحدة

بدأ تطبيق الدستور المؤقت في ٢ ديسمبر ١٩٧١ وهو تاريخ استقلال الإمارات عن بريطانيا .

وقد كانت الإمارات مرتبطة مع بريطانيا باتفاقيات تتولى بموجبها هذه الأخيرة

(٤٣) The Economist , November 4 , 1995 , P 53 .

معظم الشؤون الخارجية للإمارات وبعض الشؤون الداخلية [٤٤] .

بدأ الاتحاد بست إمارات وانضمت رأس الخيمة وهي الإمارة السابعة للإتحاد في شهر فبراير ١٩٧٢ .

ولقد كان للدوافع التي دفعت الإمارات للإتحاد واختيار نموذج الاتحاد الفيدرالي تأثير على مضمون الدستور المؤقت . فكان لإعلان بريطانيا رغبتها في الانسحاب من المنطقة وقع غير مريح على الامارات لما يمثله ذلك من احتمالات مجهولة .

بدأ مشروع الاتحاد في فبراير ١٩٦٨ بين إمارتي دبي وأبوظبي ثم سارعت الامارات السبع الأخرى (تشمل قطر والبحرين) إلى الإنضمام إلى الاتحاد الجديد [٤٥] .

الدستور المؤقت الذي بدأ تطبيقه في ديسمبر ١٩٧١ هو نسخة مطورة عن الدستور الذي تم إعداده سابقا ليكون دستورا للإتحاد التساعي .

ولقد كان للظروف التي عاشتها الإمارات وقت الإتفاق على إقامة الإتحاد تأثير على مضمون الدستور وتوزيع السلطات بين الاتحاد والإمارت وكذلك على تحديد تلك الجهات التي تسيطر على اتخاذ القرارات المهمة في مجالات التشريع والتنفيذ على المستوى الاتحادي .

نتيجة للظروف التي صاحبت إقرار الدستور تم تسمية هذا الدستور بالدستور

---

(٤٤) أ.د. عادل الطبطبائي ، النظام الاتحادي في الامارات العربية ، ١٩٧٨ ، صفحة ٢٧ .

(٤٥) أ.د. محسن خليل ، النظام الدستوري لدولة الامارات العربية المتحدة ، ١٩٨٩، صفحة ٤٩ .

المؤقت على أن يستمر تطبيقه لمدة خمس سنوات يتم خلالها إعداد الدستور الدائم .

ولقد جاء عنوان الدستور " الدستور المؤقت للإمارات العربية المتحدة " لكي يؤكد صفة هذا الدستور بأنه مؤقت يطبق لفترة انتقالية محددة المدة .

وورد في مقدمة الدستور " ... إلى أن يتم إعداد الدستور الدائم للإتحاد نعلن أمام الخالق العلي القدير، وأمام الناس أجمعين ، موافقتنا على هذا الدستور المؤقت المذيل بتوقيعاتنا ليطبق أثناء الفترة الانتقالية المشار إليها فيه ".

نصت المادة ١٤٤ من الدستور المؤقت على :

" ١- مع مراعاة أحكام الفقرات التالية تسري أحكام هذا الدستور خلال فترة انتقالية مدتها خمس سنوات ميلادية تبدأ من تاريخ سريانه وفقا لأحكام المادة ١٥٢ ... " ونصت الفقرتين ٣ و ٤ من المادة ١٤٤ على الإجراءات الواجب اتباعها نحو إعداد الدستور الدائم وإقراره .

ولقد حددت الفقرة (٤) من المادة (١٤٤) بأن إجراءات إقرار الدستور الدائم هي نفس الإجراءات التي نصت عليها الفقرة (٣) من نفس المادة والمتعلقة بإجراءات تعديل الدستور .

ويذكر د. وحيد رأفت نبذة من النقاش الذي دار في لجنة وضع مشروع الدستور حول مدى ملائمة تسميه الدستور بأنه مؤقت وما سوف يستتبع ذلك من إضعاف أثر الدستور وتقليل مكانته .

ولقد كان للطبيعة الاتحادية للدستور وما يستتبعه ذلك من ضرورة التنازل عن

بعض السلطات للإتحاد دور في اعتبار هذا الدستور مؤقتا وذلك رغبة في عدم الارتباط بشكل دائم بوثيقة مجهولة التأثير [٤٦].

إجراءات تعديل الدستور المؤقت:

رأينا أن الدستور المؤقت لم يكتف بالنص على إجراءات تعديله كما يحصل في معظم الدساتير الاتحادية في الدول ذات الاتحاد الفيدرالي ولكنه نص على أن يكون هذا الدستور مؤقتا وحدد مدة التأقيت بخمس سنوات .

ولعل الدستور المؤقت بتحديده لإجراءات لاستبدل الدستور كاملا بدستور جديد يشبه إلى حد ما ما ورد في الدستور الألماني من أن يستمر العمل " بهذا القانون الأساسي ... ويجب أن يتوقف سريان هذا الدستور في اليوم الذي يتم فيه إقرار دستور بواسطة الإرادة الحرة للشعب الألماني " [٤٧] .

فالقانون الأساسي الألماني يمكن اعتباره مؤقتا (ولعل تسميته بالقانون الأساسي وليس الدستور) تحمل في طياتها صفة التأقيت وتشير إلى أن إجراءات إقراره لا تمثل الإجراءات المثالية لاقرار دستور في دولة ديموقراطية . ولكن أسباب التأقيت في دستور دولة الإمارات هي أسباب مختلفة ولا تعود إلى إجراءات إقرار الدستور بقدر ما تعود إلى عدم القناعة (أو الشك) في مضمون الدستور . ويعتبر أهم سبب في عدم الاندماج الكامل للامارات في دولة موحدة، وهو الرغبة في المحافظة على قدر غير قليل من الاستقلال الذاتي لكل إمارة هو السبب الذي

(٤٦) د. وحيد رأفت دراسة ووثائق حول اتحاد الامارات العربية في الخليج " رسائل الجمعية المصرية للقانون الدولي - الرسالة التاسعة عشرة ١٩٧١ .

(٤٧) المادة ١٤٦ من القانون الأساسي الألماني (المعدلة بواسطة اتفاقية الإتحاد الموقعة في ١٩٩٠/٨/٣١) .

أدى إلى وصف الدستور بأنه مؤقت وتحديد مدة سريانه بخمس سنوات . فيمكن النظر إلى مدة الخمس سنوات المحددة لسريان الدستور بأنها صمام أمان للإمارات، بحيث إذا اكتشفت الإمارات بأن استقلالها مهدد إلى درجة خطيرة قررت في نهاية الخمس سنوات تغيير الدستور وايجاد ضمانات كافية لها في الدستور الجديد. ولم ينص الدستور المؤقت على إجراءات خاصة بإقرار الدستور الدائم وإنما نص على أن يتبع في إقرار الدستور الدائم نفس إجراءات تعديل الدستور .

ولعلنا نلاحظ أن إجراءات إقرار الدستور الدائم أسهل من إجراءات إقرار الدستور المؤقت .

فالدستور المؤقت تم إقراره بالإجماع ، بحيث أنه لم يكن من المتصور فرض الدستور على أية إمارة لا توافق على نصوصه . بينما لايشترط في إقرار الدستور الدائم الإجماع وإنما يكفي (كما سوف نرى) توفر أغلبية خاصة في المجلس الأعلى للإتحاد لاقرار الدستور الدائم .

ولعل إجراءات إقرار الدستور الدائم وعدم اشتراط الإجماع فيها تعطي ثقلا كبيرا لإمارتي أبوظبي ودبي بحيث لا يمكن إقرار الدستور إلا بموافقتها ، بينما يمكن أن يتم إقرار الدستور الدائم رغم رفض واحدة أو أكثر من الإمارات الباقية . والاحتمال الأخير يثير في الأذهان قضية مقاطعة (ولاية) كويبك في كندا والتي تم إقرار الدستور في عام ١٩٨٢ رغم رفضها واستمرت بعد ذلك في محاولات الانفصال وتهديد وجود الاتحاد الكندي .

ولوجود هذا الاحتمال الأخير فإن إجراءات إقرار الدستور من ناحية النصوص

المذكورة في الدستور المؤقت هي نفس إجراءات تعديل الدستور أما من حيث الواقع فإنه من المستبعد أن يتم إقرار الدستور الدائم رغم رفض إحدى الامارات له. ولذلك فإن واقع إجراءات إقرار الدستور الدائم أقرب إلى الاجماع بحيث لا يتم إقرار الدستور الدائم إلا بموافقة جميع الامارات عليه وذلك يجعل مهمة إقرار ذلك الدستور صعبة غير يسيرة وتتطلب جهدا خاصا .

إقتراح التعديل:

تنص المادة ١٤٤ في فقرتها ٢/أ على أنه : " إذا رأى المجلس الأعلى أن مصالح الاتحاد العليا تتطلب تعديل هذا الدستور ، قدم مشروع تعديل دستوري إلى المجلس الوطني الاتحادي " .

إذا فالجهة المختصة باقتراح وإعداد التعديل هي المجلس الأعلى للاتحاد . ولم يحدد الدستور أغلبية خاصة لاتخاذ القرار في المجلس الأعلى بشأن إقتراح تعديل الدستور لذلك فإن المادة ٤٩ من الدستور المؤقت تطبق في شأن الأغلبية اللازمة لصدور القرار بشأن اقتراح تعديل الدستور .

وحيث أن اقتراح مشروع التعديل من الأمور الموضوعية ذات الأهمية فيصدر القرار بشأنه بأغلبية خمسة أعضاء من أعضاء المجلس الأعلى على أن تشمل هذه الأغلبية إمارتي أبوظبي ودبي .

ويمكن تفسير إناطة إقتراح تعديل الدستور بالمجلس الأعلى بالأهمية القصوى لهذا الموضوع خصوصا في ظل وجود الاتحاد الفيدرالي والذي تحافظ فيه الامارات على استقلالها الذاتي بالنص على هذا الاستقلال والمحافظة عليه في صلب الدستور

الاتحادي .

ومما يمكن استنتاجه من إعطاء حق اقتراح تعديل الدستور للمجلس الأعلى هو عدم وجود الثقة في ذلك الوقت في المؤسسات الإتحادية الأخرى ومنها مجلس الوزراء الذي لم يتشكل بعد وغيره من الأجهزة الاتحادية التي يمكن أن يناط بها اقتراح التعديل .

يمكننا أن نتصور بأن مشروع تعديل الدستور يبدأ حياته في المجلس الأعلى باقتراح من أحد الأعضاء (أعضاء المجلس الأعلى) أو من أحد من المجلسين إما مجلس الوزراء أو المجلس الوطني. ولكن لا يعتبر المشروع إقتراحا بالتعديل إلا إذا وافق عليه المجلس الأعلى وعندها تبدأ إجراءات الإقرار.

لذلك فمن البدائل الممكنة مستقبلا في الدستور الدائم أن يتم تجاوز مرحلة موافقة المجلس الأعلى على مشروع اقتراح التعديل وأن يتم إعطاء حق إقتراح التعديل لاحدى الإمارات أو لامارتين أو ثلاث مثلا وبعد ذلك تبدأ إجراءات الاقرار.

والإحتمال الآخر هو إعطاء حق اقتراح التعديل لأحد المجلسين الاتحاديين الآخرين وهما المجلس الوطني أو مجلس الوزراء .

ولكن ولطبيعة الموضوع فإن الاحتمال الأول هو الأقرب والمتناسق مع طبيعة الاتحاد الفيدرالي . وإعطاء حق اقتراح مشروع التعديل الدستوري لامارة أو أكثر سوف يؤدي إلى اشتراك أوضح لكل من الامارات والاتحاد في إجراءات تعديل الدستور .

ومع ذلك فـإن الاجـراءات الحـاليـة لا تحـرم أيا من الإمـارات أو الاتحـاد من الاشتراك في تعديل الدستور كما سنوضح ذلك لاحقا .

إقـرار التـعـديل : تنص المادة ١٤٤ من الدسـتـور المؤقت على "........

ب- يكون اجـراءات إقـرار التـعـديل الدسـتـوري مماثلة لاجـراءات إقـرار القانون .

ج - يشـتـرط لإقـرار المجلس الوطني الاتحـادي مـشـروع التـعـديل مـوافـقـة ثلثي الأصوات للأعضاء الحاضرين " .

وبناء على نص الفقرة ب فإن إجراءات إقرار التعديل الدستوري تكون وفق الماده (١١٠) باستثناء الأغلبية الخاصة لموافقة المجلس الوطني .

وملخص الاجراءات التي يجب اتباعها في إقرار التعديل الدستوري هو :

- يتلقى المجلس الوطني اقتراح التعديل من المجلس الأعلى للإتحاد .
- يتخذ المجلس الوطني قرارا في شأن إقرار مشروع التعديل .
- يكون قرار المجلس الوطني بشأن إقتراح التعديل هو أحد الاحتمالات الآتية :

أ- إما أن يقر المجلس الوطني التعديل وفق ما ورد من المجلس الأعلى دون أية إضافة أو حذف .

ب- أن يقر المجلس الوطني التعديل مع إدخال بعض التعديلات على المشروع الوارد من المجلس الوطني .

ج- أن يرفض المجلس الوطني مشروع التعديل كاملا .

في حالة موافقة المجلس الوطني على مشروع التعديل فإن المجلس الوطني يعيد المشروع إلى المجلس الأعلى وفي هذه الحالة يكون من سلطة المجلس الأعلى إقرار

التعديل . ويقوم رئيس الدولة بتوقيع التعديل وإصداره .

- في حالتي إدخال تعديلات على مشروع التعديل أو رفضه من قبل المجلس الوطني فإن المجلس الوطني يعيد المشروع مصحوبا برأيه إلى المجلس الأعلى .

أ - فإذا قبل المجلس الأعلى ملاحظات المجلس الوطني فإن التعديل يصدر بعد ادخال التعديلات التي رآها المجلس الوطني .

ب- أما إذا لم يقبل المجلس الأعلى ورئيس الاتحاد ملاحظات المجلس الوطني فإن المشروع يعاد مرة أخرى للمجلس الوطني ويكون للمجلس الوطني عند استلامه المشروع للمرة الثانية أن يدخل ما يشاء من تعديلات عليه أو برفضه ، وبعد ذلك يعاد المشروع إلى المجلس الأعلى الذي يستطيع في هذه الحالة إما الموافقة على ملاحظات المجلس الوطني أو رفض ملاحظات المجلس الوطني ويصدر التعديل بعد إقرار المجلس الأعلى وتوقيع رئيس الدولة .

من هذه الاجراءات يتضح بأن دور المجلس الوطني في إقرار تعديل الدستور هو دور استشاري وليس له دور ملزم . كل ما يمكن للمجلس الوطني أن يقوم به هو لفت نظر المجلس الأعلى إلى بعض الملاحظات وتعطيل الإقرار النهائي للتعديل الدستوري لبعض الوقت .

ولذلك فإن تعديل الدستور سواء كان في مرحلة الاقتراح أو الاقرار هو بيد المجلس الأعلى للإتحاد .

مدى اشتراك كل من الإتحاد والإمارات في تعديل الدستور :

من شروط الاتحادات الفيدرالية أن لا يتم تعديل الدستور (وخصوصا تلك الأجزاء من الدستور التي تختص بتوزيع السلطات بين الإتحاد والولايات) إلا

باشتراك كل من الاتحاد والولايات [48] .

من استعراض اجراءات تعديل الدستور المؤقت نجد بأنه توجد جهتين تتدخلان في إجراءات التعديل أول هاتين الجهتين وأكثرهما أهمية المجلس الأعلى والجهة الأخرى هي المجلس الوطني .

المجلس الوطني دوره استشاري بدرجة واضحة ولا يمكن أن يكون ضمانا لمصالح الاتحاد . إذا اعتبرنا المجلس الوطني بمثابة المجلس الأدنى في السلطة التشريعية الإتحادية والذي يفترض بأن يهتم بالمحافظة على مصلحة الاتحاد فإن هذا المجلس لا يمكنه أن يقوم بهذه المهمة بموجب إجراءات التعديل المنصوص عليها حيث أن كل ما يمكن للمجلس الوطني أن يقوم به هو تأخير صدور التعديل في الحالات التي لا يكون مشروع التعديل فيها مقبولا لهذا المجلس.

أما المجلس الأعلى للإتحاد فهو الذي يقترح التعديل الدستوري وهو المختص بإقرار هذا التعديل بعد استشارة المجلس الوطني. وسلطة المجلس الأعلى في إقرار الدستور هي سلطة حقيقية وموثرة .

المطلوب الإجابة على التساؤل حول ما إذا كانت إجراءات التعديل للدستور المؤقت تضمن وجود واستمرار الاتحاد الفيدرالي . إن وجود واستمرار الاتحاد الفيدرالي يعتمد على وجود ضمان في الدستور المدون يؤكد بأن أيا من المستويين من الحكومات لن يستطيع التحكم في عملية تعديل الدستور بشكل يهدد المستوى الآخر بسحب سلطاته والقضاء على وجوده .

(48) K. C. Whearer, Supra, P 57.

فهل إعطاء حق تعديل الدستور للمجلس الأعلى يضمن وجود الإتحاد الفيدرالي واستمراره ؟

ليس من الصعب اكتشاف أن سيطرة المجلس الأعلى على عملية تعديل الدستور يضمن مصالح الإمارات . فالمجلس الأعلى بطبيعة تركيبه تمثل فيه كل إمارة بعضو واحد ، وهو يعتبر ضمانا لمصالح الإمارات .

بقي أن نعلم هل يعتبر المجلس الأعلى ضمانا لمصالح الاتحاد في نفس الوقت بحيث أن لا يتم تفضيل مصالح الإمارات وحرمان الاتحاد من صمام الأمان الذي يضمن استمرار سلطاته الواردة في الدستور .

إن المجلس الأعلى كما يسيطر على عملية تعديل الدستور فهو كذلك يسيطر عى عملية إقرار القوانين الاتحادية .

فالمجلس الأعلى يمثل في الحقيقة السلطة التشريعية للاتحاد . ولذلك فإن كون المجلس الأعلى هو السلطة التشريعية للاتحاد يجعله ضامنا لمصالح الاتحاد .

وبناء على ما سبق فإن سيطرة المجلس الأعلى على عملية تعديل الدستور يعتبر ضمانا لمصالح الإمارات وفي نفس الوقت يعتبر المجلس الأعلى أمينا على مصالح الإتحاد مما يعني تحقق الشرط بعدم جعل اجراءات تعديل الدستور خطرا على وجود الاتحاد الفيدرالي .

يبقى فقط اكتشاف ما يحصل في الواقع العملي إذا تم طرح تعديل دستوري يميل إما للاتحاد أو لصالح الإمارات . فهل سوف يميل المجلس الأعلى لمصالح

الإمارات أم يضمن مصالح الإتحاد ؟ إن الطبيعة المزدوجة للمجلس الأعلى تجعل مهمته صعبة للغاية في عملية تعديل الدستور .

إن تعديل الدساتير الاتحادية بطبيعتها عملية صعبة ولكن في حالة الدستور المؤقت لدولة الإمارات فإن الطبيعة المزدوجة للمجلس الأعلى للاتحاد تجعل هذه العملية أصعب من غيرها في الاتحادات الأخرى .

تطور تعديل الدستور في دولة الإمارات العربية المتحدة :

كما هو الحال في الكثير من الاتحادات الفيدرالية تبرز الحاجة إلى تعديل الدستور بعد إقراره مباشرة وذلك ليعكس بعض القضايا والمواضيع التي صاحبت أو سبقت النقاش حول إقرار الدستور[٤٩] .

كان تأخر إمارة رأس الخيمة عن الإنضمام للاتحاد نتيجة لعدم موافقتها بشكل كامل على مضمون الدستور . وبعد إقرار الدستور مباشرة تقدمت إمارة رأس الخيمة بطلب الإنضمام للاتحاد مما أوجد الحاجة لتعديل نصوص الدستور استجابة لطلب رأس الخيمة ونتيجة لموافقة المجلس الأعلى بالإجماع على هذا الطلب [٥٠] .

قرار ضم رأس الخيمة للاتحاد والتعديل الأول :

أول تعديل فعلي للدستور المؤقت جرى في عملية واحدة وشمل جزئين من الدستور . تتطلب المادة (١) من الدستور المؤقت أن يصدر قرار المجلس الأعلى

(٤٩) الدستور الأمريكي بدأت اجراءات تعديله خلال العشر سنوات الأولى لاقراره ، حيث تم عرض ١٢ تعديلا ، أقر منها ١٠ وهي قائمة الحقوق .

والدستور الكندي بدأ الحديث حول تعديله بمجرد اقراره ، ليعكس ذلك وضع كويبك .

(٥٠) أرسلت إمارة رأس الخيمة خطابا يفيد برغبتها في الإنضمام للاتحاد بتاريخ ١٩٧١/١٢/٢٣ .

للاتحاد بقبول انضمام أعضاء جدد للاتحاد بالاجماع .

وقد صدر قرار المجلس الأعلى بالاجماع بقبول انضمام إمارة رأس الخيمة للاتحاد بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٧٢ م .

وكان قبول إمارة رأس الخيمة يتطلب من الناحية الشكلية السير في الإجراءات التي نص عليها الدستور لتعديل بنود هذا الدستور . فإن قبول عضو جديد في الاتحاد يترتب عليه تعديل في المادة (١) من الدستور المؤقت وذلك بزيادة أعضاء الإتحاد .

استدعى قبول رأس الخيمة عضوا جديدا في الاتحاد إضافة فقرة جديدة إلى المادة (١) ومضمون هذه الفقرة : " وعند قبول انضمام عضو جديد إلى الاتحاد يحدد المجلس الأعلى للاتحاد عدد المقاعد التي تخصص لهذا العضو في المجلس الوطني للاتحاد زيادة على العدد المنصوص عليه في الماده ٦٨ من هذا الدستور " [٥١] .

وصدر قرار المجلس الأعلى للاتحاد رقم (٣) لسنة ١٩٧٢ والمتضمن (في الواقع) تعديلا في نص المادة ٦٨ من الدستور المؤقت بزيادة ستة مقاعد تخصص لإمارة رأس الخيمة .

ولقد صدرت كل تلك القرارات دون اتباع لاجراءات تعديل الدستور والتي نص عليها الدستور في المادة ١٤٤ .

فقبول عضو جديد في الاتحاد يتطلب صدور قرار بالاجماع في المجلس الأعلى

(٥١) إعلان دستوري ١ لسنة ١٩٧٢ . الجريدة الرسمية عدد مارس ١٩٧٢ .

للاتحاد بالموافقة على انضمام هذا العضو .

ولكن بمجرد قبول العضو الجديد لابد من السير في إجراءات تعديل الدستور وبالذات المادتين (١) و (٦٨) .

وفي الحقيقة لم يكن هناك ضرورة لزيادة الفقرة التي أضيفت إلى المادة (١) والتي تتضمن أن يحدد المجلس الأعلى عدد المقاعد التي تخصص للعضو الجديد عند انضمامه للاتحاد ، فإن اتباع إجراءات تعديل الدستور كانت وما تزال كفيلة بتلبية الحاجة إلى زيادة عدد مقاعد المجلس الوطني دون الحاجة إلى إضافة أية فقرة للمادة (١) بشكلها الأصلي .

ولقد شكلت القرارات التي صدرت بعد قبول انضمام إمارة رأس الخيمة للاتحاد أول خروج على إجراءات تعديل الدستور كان من الأولى الالتزام بإجراءات التعديل الدستوري بعد انضمام رأس الخيمة فالدستور بدأ سريانه منذ ٢ ديسمبر ١٩٧١ وأية إضافة أو تغيير لنصوصه منذ ذلك التاريخ يتطلب اتباع الاجراءات التي وردت في نصوص الدستور .

توحيد القوات المسلحة - التعديل الثاني للدستور :

يعتبر هذا التعديل الذي صدر في ٦ نوفمبر ١٩٧٦ بعنوان " تعديل دستوري رقم(١) لسنة ١٩٧٦ " امتدادا لبعض الجدل الذي دار قبل إقرار الدستور حول مدى أحقية الإمارات في الاحتفاظ بقواتها المسلحة . فصدور هذا التعديل يعتبر تصفية لأمر من الأمور التي صاحبت إقرار الدستور .

يتضمن هذا التعديل النص الآتي : " يلغى نص الماده (١٤٢) من الدستور المؤقت للإمارات العربية المتحدة ليكون للدولة وحدها إنشاء القوات المسلحة البرية والبحرية والجوية " .

وتنص المادة (١٤٢) من الدستور المؤقت على : " يكون للإمارات الأعضاء حق إنشاء قوات مسلحة محلية قابلة مجهزة لأن يضمها الجهاز الدفاعي للاتحاد عند الاقتضاء للدفاع ضد أي عدوان خارجي "

وهذا التعديل معيب من حيث الصياغة . فقد كان المفترض أن يلغى التعديل ما ورد في المادة (١٤٢) من الدستور المؤقت ويستبدل مكانها المادة (١٤٢) بصيغتها الجديدة والتي تتضمن أن يكون للإتحاد وحده حق انشاء القوات المسلحة . ولكن الذي ورد في التعديل هو ذكر الموضوعين وهما إلغاء المضمون السابق وإضافة المضمون الجديد في مادة واحدة .

ويشكل إقرار التعديل الدستوري رقم (١) لسنة ١٩٧٦ خروجا على إجراءات تعديل الدستور والتي نصت عليها المادة (١٤٤) . فالواضح من استقراء ديباجة التعديل الدستوري رقم (١) لسنة ١٩٧٦ أن هذا التعديل لم يتم عرضه على المجلس الوطني .

تمديد العمل بالدستور المؤقت - التعديلات الثالث والرابع والخامس والسادس :

بموجب مقدمة الدستور والمادة (١٤٤) منه فإن الدستور كان من المفترض أن يسرى لفترة انتقالية مدتها خمس سنوات ميلادية . ونصت المادة (١٤٤) من الدستور كذلك على أن يتخذ المجلس الأعلى خلال الفترة الانتقالية الاجراءات

اللازمة لاعداد مشروع الدستور الدائم تمهيدا لعرضه على المجلس الوطني في اجتماع غير عادي ثم يقره المجلس الأعلى ويصدره رئيس الدولة .

ولقد تم بالفعل تشكيل لجنة تأسيسية لاعداد مشروع الدستور الدائم . وأنجزت هذه اللجنة عملها وأعدت مشروع الدستور الدائم ولكن لم يوافق المجلس الأعلى على هذا المشروع وبالتالي لم يتم عرض هذا المشروع عى المجلس الوطني. فالمشروع لم يتجاوز المراحل التمهيدية ولم يصل إلى درجة الاقتراح التي تتطلب موافقة المجلس الأعلى على المشروع .

ولقد كان مضمون هذا المشروع الجديد يشكل تحولاً كبيراً نحو تعزيز الاتحاد وزيادة سلطاته التشريعية والتنفيذية . وكما هو الحال في بقية الاتحادات الفيدرالية فإن الانتقال المفاجيء نحو تقوية الاتحاد على حساب الولايات يكاد يكون مستحيلا ، وخصوصا مع وجود الضمانات المعتادة للولايات في إجراءات تعديل الدستور أو إقرار دستور جديد .

وبدلا عن عرض مشروع الدستور الجديد على المجلس الوطني فقد قرر المجلس الأعلى عرض مشروع تعديل دستوري للمادة (١٤٤) يتضمن تمديد الفترة الانتقالية المنصوص عليها في الفقرة الأولى لمدة خمس سنوات أخرى تبدأ من ٢ ديسمبر ١٩٧٦.

فكان هذا هو التعديل الثالث للدستور المؤقت . ولقد تم اتباع إجراءات التعديل المنصوص عليها في الدستور لاقرار هذا التعديل .

وقد صدر التعديل الرابع للدستور في ٧ نوفمبر ١٩٨١ متضمنا حكما مشابها لما ورد في التعديل الثالث ، فقد نص هذا التعديل الرابع على أن تمدد الفقرة الانتقالية لمدة خمس سنوات أخرى تبدأ من ٢ ديسمبر ١٩٨١ .

ولقد تم اتباع إجراءات التعديل المنصوص عليها في الدستور في إقرار هذا التعديل .

وفي ١٥ أكتوبر ١٩٨٦ صدر التعديل الخامس ليمدد الفترة الانتقالية لمدة خمس سنوات تبدأ من ٢ ديسمبر ١٩٨٦ .

وقد صدر هذا التعديل بالمخالفة لاجراءات التعديل المنصوص عليها في الدستور حيث أنه لم يتم عرض هذا التعديل على المجلس الوطني الاتحادي .

وصدر التعديل السادس للدستور بتاريخ ٢٨ أكتوبر ١٩٩١ بتمديد الفترة الانتقالية للدستور المؤقت لمدة خمس سنوات تبدأ من ٢ ديسمبر ١٩٩١ . ولم يتم عرض هذا التعديل كذلك على المجلس الوطني الاتحادي .

مدى الالتزام باجراءات التعديل وقلة التعديلات:

من مراجعة الإجراءات التي تم اتباعها في تعديل الدستور في المرات الست التي نالت نصوص هذا الدستور تعديلا نجد أنه لم يتم الالتزام بالاجراءات التي نص عليها الدستور إلا مرتين فقط وذلك في عامي ١٩٧٦ و ١٩٨١.

إذا أخذنا في الاعتبار أن التعديلات الأربعة الأخيرة هي في الواقع تعديلات متشابهة من حيث مضمونها بتمديد الفترة الانتقالية للدستور لمدة خمس

سنوات ، نجد أن الدستور المؤقت أثبت صعوبة في تعديل نصوصه وأن أغلب التعديلات التي مرت عليه هي في الواقع تثبيت لنصوصه وليس تغييرا لها .

ويمكن الاستنتاج بأن تعديل الدستور يتسم بالصعوبة البالغة بالاضافة إلى الحساسية الشديدة الأمر الذي أدى إلى قلة التعديلات وأدى كذلك لتفادي عرض بعض التعديلات على المجلس الوطني الاتحادي .

مستقبل التعديل الدستوري:

تنتهي الفترة الانتقالية للدستور المؤقت حسب التعديل السادس في ١ ديسمبر ١٩٩٦ .

كلف المجلس الأعلى للاتحاد بموجب القرار رقم ٣ لسنة ١٩٩١ سمو الشيخ حمدان بن راشد آل مكتوم برئاسة لجنة تضم ممثلين لكل من الامارات الأعضاء في الاتحاد لدراسة دستور الامارات العربية المتحدة المؤقت .

ومن المفهوم بأن هذه اللجنة سوف تكون مهمتها إعداد تصور حول مستقبل الدستور وما إذا كان من الضروري إعداد مشروع دستور دائم ومضمون هذا الدستور.

ولم يتم تكليف اللجنة صراحة بإعداد مشروع دستور دائم. لعل التجربة السابقة التي حدثت في عام ١٩٧٦ أفادت بصعوبة التغيير الشامل ، لذلك يستشف من المهمة الملقاة على لجنة دراسة الدستور أن التغيير المنتظر هو تغيير محدود وليس شاملا .

من مراجعة تاريخ تعديلات الدستور المؤقت نجد بأن الفترة الانتقالية استمرت إلى الآن مدة حوالي ٢٥ سنة وهي فترة طويلة جدا ولا يمكن تسميتها بأنها فترة انتقالية . ومن الصعب أن يستمر تسمية المدة الجديدة (إذا تم التمديد بعد ١٩٩٦) بأنها فترة انتقالية مما يؤدي إلى كون الفترة الانتقالية مدتها ٣٠ سنة.

لذلك وبناء على دراستنا لأوضاع التعديل الدستوري فإننا نستنتج بأن التغيير الكبير والشامل مستحيل . إن أصعب جزء من الدستور الاتحادي من حيث تعديل نصوصه هو الجزء الخاص بتوزيع السلطات بين الاتحاد والامارات .

لذلك أقترح بأن يقتصر تعديل الدستور في المرة القادمة على أجزاء قليلة من الدستور وأن يشمل هذا التعديل اسم الدستور مع عدم نعته بصفة الدستور المؤقت .

المهم أن لا يشمل التعديل توزيع السلطات بين الاتحاد والامارات. ويمكن أن يشمل التعديل تشكيل المجلس الوطني الاتحادي وإجراءات تعديل الدستور.

فالمجلس الوطني الاتحادي هو المجلس التشريعي الأدنى في الإتحاد ، ومثل هذا المجلس عادة هو المؤتمن على مصالح الاتحاد فيجب أن يتم تشكيله للتعبير عن الاتحاد وليمثل جميع شعب الاتحاد مما يوجب بأن يتم تسمية أو اختيار أعضائه بطريقة تؤكد صفته .

إجراءات تعديل الدستور الحالية تجعل الاقتراح بيد المجلس الأعلى وكذلك

الاقرار. يمكن تسهيلا لاجراءات تعديل الدستور ولضمان قدر أكبر من المرونة جعل الاقتراح يصدر من إمارة واحدة أو أكثر ثم يعرض على المجلس الوطني وبعد ذلك يتم الاقرار من المجلس الأعلى للاتحاد .

وبالفعل فإن المجلس الأعلى قد قرر وبناءً على توصيات لجنة مراجعة الدستور على مشروع تعديل دستوري وذلك بحذف كلمة "مؤقت " من أحكام الدستور، وقرر كذلك تعديل المادة (٩) بحيث تكون مدينة أبوظبي هي عاصمة الدولة.

وقرر المجلس كذلك تمديد عمل لجنة مراجعة الدستور برئاسة سمو الشيخ حمدان بن راشد آل مكتوم نائب حاكم دبي [٥٢]. لايزال مشروع التعديل الدستوري في مرحلة الاقتراح وهو يحتاج للعرض على المجلس الوطني ثم الإقرار النهائي بواسطة المجلس الأعلى .

وفي رأيي فإن قرار المجلس الأعلى بالموافقة على مشروع التعديل الدستوري يقتضي أكثر من مجرد حذف كلمة " مؤقت " من عنوان الدستور، وتغيير نص المادة (٩). (مقدمة الدستور باعتبارها نصاً قانونياً ملزماً) تحتاج إلى تغيير، حيث تنص الفقرة الأخيرة من المقدمة على أن هذا الدستور هو دستور مؤقت يطبق في مرحلة انتقالية. هذه الفقرة تحتاج إلى تعديل حتى لايكون هناك أي تناقض بين نصوص الدستور.

كذلك فإن المادة (١٤٤) تحتاج إلى إعادة صياغة بحيث يحذف منها كل مايشير إلى كون الدستور يطبق لمرحلة انتقالية يتم خلالها إعداد الدستور الدائم.

(٥٢) تم عقد اجتماع المجلس الأعلى يوم الاثنين الموافق ١٩٩٦/٥/٢٠، جريدة الخليج، عدد ٦٢١٢، ١٩٩٦/٥/٢١م.

ولعل تمديد عمل لجنة مراجعة الدستور لمدة سنة أخري تبدأ منذ ٣ ديسمبر ١٩٩٦ يفتح المجال لعرض تعديلات أخرى للدستور. ولابد من الانتباه إلى أن أي اقتراح بتعديل الدستور يجب أن لايمس توزيع الاختصاصات بين الاتحاد والإمارات وكذلك أن لايمس اختصاصات السلطات الاتحادية بكشل كبير.

بشكل عام فإن دراسة تاريخ وإجراءات التعديلات الدستورية في الدول ذات الاتحاد الفيدرالي تثبت صعوبة التعديل الدستوري . والبديل دائما عن التعديل الرسمي لنصوص الدستور هو الاعتماد على التعديل الذي يتم بصورة غير رسمية تتسم بالتدرج والاستجابة لحاجة المجتمع وتطوره من النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية . والطريق لتطوير الاتحادات الفيدرالية هو تعزيز مؤسساتها واثبات نجاحها وسيرها نحو القوة بجعلها تستجيب للظروف المحيطة بها محققة الغرض منها ومبتعدة عن أية صدمات لا يكون فيها إلا الضرر بالمجتمع واستقراره .

قائمة المراجع

أولا: المراجع العربية:

- د. أحمد كمال أبو المجد

النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة - ملحق خاص في : دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مسحية شامله - معهد البحوث والدراسات العربية - المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم-١٩٧٨ .

- د. أحمد بكر حسين

الاتحاد الفيدرالي بين النظرية والتطبيق - ١٩٧٧ .

- د. سليمان محمد الطماوي

النظم السياسية والقانون الدستوري (دراسة مقارنة) - ١٩٨٨ .

- د. عادل الطبطبائي

النظام الاتحادي في الإمارات العربية - دراسة مقارنة - ١٩٧٨.

- د. فؤاد العطار

النظام السياسي والقانون الدستوري - دار النهضة العربية.

- د. محسن خليل

النظام الدستوري لدولة الإمارات العربية المتحدة .

- د. وحيد رأفت

دراسة ووثائق حول الإمارات العربية في الخليج - الرسالة التاسعة عشرة- رسائل الجمعية المصرية للقانون الدولي - ١٩٧١ .

ثانيا: المراجع الأجنبية:

أ - الكتب:

- Levingstone , W . S . Federalism and Constitutional Change, Greenwood Press, (1974). (reprint) originally Published by Clarendon, Press, (1956) .

- Wheare , K . C .Federal Governmant . Oxford University Press , (1947) .

- Tribe , L . H .American Constitutional Law , 2 nd ed. The Foundation Press , (1988) .

- Tribe , L . H . Constitutional Choices, Harvard U. Press. (1985) .

- Vile, J. R. Constitutional Change in the United States, Praeger, (1994).

- Vile, J. R .Contemporary Questions Surrounding the Constitutional Amending Process, Praeger (1993).

- Elazar, D. J. Exploring Federalism , the University of Alabama Press, (1987).

- Dicey, A. V. An Introduction to the Study of the Constitution. (10 th ed) Macmillan Education, 1959 (First Published 1885).

- Tushnet, M. (ed.) Comparative Constitutional Federalism Greenwood Press (1990).

- Smiley, D. V. The Federal Condition in Canada ., Mc Graw - Hill (1987).

- Bernstien, R. B. and Agil , J . Amending America, University Press of Kansas, (1993) .

- Levinson, S. (ed.) Responding to Imperfection, Princeton Universty Press , (1995) .

- Giddins, R. (ed.) Meech Lake and Canada, Academic Printing and Publishing, (1988).

ب-المقالات:

- Dellinger, W. The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process., Harvard L. R. vol. 97 : 386 (1983).

- Paulsen, M. S. Ageneral theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty - Seventh Amendment.

- Tribe, L. H. A constitution we are Amending : In Defence of a Restrained Judicial Role., Harvard L. R. (vol. 97 : 433) (1983).

- Vile, J. R. American Views of the Constitutional Amending Process : An Intellectual History of Article V., The American Journal of Legal History (vol xxxv).

- Scott, S. A. The Canadian Constitutional Amendment Process. Law and Contemporary Problems, vol. 45, (1982).

- Hogg, P. W. The Difficulty of Amending The Constitution of Canada Osgoode Hall L.J., v o 31 No. 1, (1993).

- Lederman, W. R. The Supreme Court of Canada and Basic Constitutional Amendment., Mc Gill L.J., (vol 27 Part 3) (1982).

- Coyne, D. Constitutional Reform and the Charter of Rights and Freedoms, Saskatchewan L. R vol 59 (1991).

بسم الله الرحمن الرحيم

التطورات الجديدة في القانون الدولي المتعلقة بالمنظمات الدولية والأفراد

إعداد

الدكتور أحسن بوالاصباع *

---

* مدرس القانون الدولي العام بقسم النظم العامة والسياسة الشرعية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة . له العديد من البحوث التي نُشرت في مجلات كليات الحقوق بالجامعات الأمريكية.

مقدمة

إن المنظمات الدولية مثل الأمم المتحدة ، والمنظمات الإقليمية مثل منظمة الدول الأمريكية أو منظمة الوحدة الافريقية أو الاتحاد الأوربي، يمكن أن تكون شخصية اعتبارية طبقاً للقانون الدولي. وبالفعل، فإن دور هذه المنظمات الدولية في النشاطات الدولية وفي وضع القانون الدولي يزداد بسرعة، فالمنظمات التي أنشئت منذ عقود من الزمن ما انفكت تتطور وتنمو وظهرت منظمات جديدة لتلبية الحاجات الكثيرة .

ففي سنة 1945وقبل نهاية الحرب العالمية الثانية ، شرع الحلفاء ودول أخرى في النظر في إنشاء المؤسسات الدولية التي توفر الأمن والاستقرار في العالم، وكانت المؤسسة الرئيسة المهيأة لتحقيق هذا الهدف هي هيئة الأمم المتحدة . ولقد ابتكر هذا الاسم الرئيس الأمريكي فرانكلن دوايت روزفلت Franklin D.Roosevelt ، واستعمل هذا الاسم لأول مرة في إعلان الأمم المتحدة في يناير 1942عندما تعهد ممثلوا 26 دولة الاستمرار في الحرب ضد دول المحور (Axis powers) . ويعود في الحقيقة ظهور الأمم المتحدة تاريخياً إلى محاولة تأسيس عصبة الأمم وإنشاء منظمة تحول دون الخلافات أو النزاعات العسكرية بين أعضائها وحل المنازعات الدولية .

ومن المؤسسات الدولية المهمة الأخرى أيضاً: صندوق النقد الدولي The International Monetary Fund المختص بتشجيع التعاون المالي، والاستقرار في التبادل الخارجي ، وذلك لأن الفترة التي سبقت الحرب العالمية الثانية قد شهدت تدهوراً مالياً كبيراً نتيجة التغيير السريع في قيمة العملات والقيود

الكثيرة المفروضة عليها آنذاك. ولقد أسس البنك الدولي The World Bank من أجل تقديم الاعتمادات المالية لإعادة بناء اقتصاد الدول المتضررة من الحرب، وتشجيع التنمية الاقتصادية. كما أنشئت منظمة التجارة الدولية The International Trade Organization (ITO) لتوفر الهيكل والتنفيذ للقواعد التي تنظم وتشجع التجارة الدولية. لكن معارضة مجلس الشيوخ الأمريكي المستمرة لتلك المنظمة قد أدت إلى ولادتها مشلولة . ولقد جاءت الاتفاقية العامة للتعرفة الجمركية والتجارة The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) لتملأ الفراغ الذي تسبب في انهيار تلك المنظمة .

وافترض الذين انشأوا هذه المنظمات الدولية إمكانية قيام المنظمات الإقليمية لتكمل محاولات هذه المنظمات ، سيما وأن ميثاق الأمم المتحدة قد افترض وجود مثل هذه المنظمات (المواد 52 - 54).

وحاول المؤسسون أن يتجنبوا أخطاء الماضي ، فأجمعوا على أن تكون الولايات المتحدة عضواً في الأمم المتحدة ، لأن امتناعها عن الانضمام إلى عصبة الأمم لم يكن في صالح العصبة . وساد الرأي في السنوات الأولى من حياة هذه المؤسسات بأن يكون للدول المهزومة (ألمانيا واليابان وإيطاليا) دور في تلك المؤسسات وأنشطتها وذلك لدمجها في المجتمع الدولي .

ونشير هنا إلى أن العديد من المؤسسات التي نشأت بعد الحرب العالمية الثانية ما زالت موجودة اليوم. إلا أنه ينبغي ملاحظة أن غالبيتها قد فشلت في تحقيق بعض أهدافها الأصلية . وكان حظ الأمم المتحدة في منع الحروب وتسوية النزاعات أقل مما كان يأمل مؤسسوها ، سوى أن موقفها من غزو العراق للكويت

قد أعاد الأمل في المستقبل .

وقد تطورت منذ الحرب العالمية الثانية كل تلك المؤسسات وتطور بعضها أكثر من الآخر، ففي السبعينات لاحظ صندوق النقد الدولي (IMF) أن الولايات المتحدة تخلت عن معيار الذهب والدول الصناعية أقرت النسب التبادلية المرنة. وحوّل البنك الدولي (WB) تركيزه من إعادة بناء الاقتصاديات الأوروبية المتضررة من الحرب إلى تشجيع تطوير الدول في أمريكا اللاتينية وأفريقيا وآسيا وأوروبا الشرقية، كما أن الاتفاقية العامة للتعرفة الجمركية والتجارة (GATT) قد تحولت إلى مؤسسة مستقلة بذاتها بعد انهيار منظمة التجارة الدولية نتيجة معارضة مجلس الشيوخ الأمريكي لتلك المنظمة .

لكن بموجب جولة الأروغواي للمفاوضات التجارية المتعددة الأطراف عادت من جديد منظمة التجارة الدولية لإدارة الاتفاقية العامة للتعرفة الجمركية والتجارة بعد إعادة النظر في الاتفاقية في تلك الجولة[١] .

يضاف إلى التطور الحاصل على المستوى الدولي تطوراً آخر في المؤسسات الإقليمية، كالجماعة الأوربية ، وجامعة الدول العربية ، ومجلس التعاون لدول الخليج العربية ، والاتحاد المغاربي ، واتحاد دول جنوب شرق آسيا . وبرزت محاكم إقليمية مثل محكمة العدل الأوروبية The European Court of Justice والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. The European Court of Human Rights

(١) See,The Agreement Establishing the World Trade Organization Concluded at the Final Act of Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiation , GATT Doc . MTN/FA Dec . 15 ,1993 Reprinted in 33 I.L.M.1(1994) .

ومن جهة أخرى برز مفهوم التحكيم الدولي سواء عن طريق المؤسسات مثل المركز الدولي لتسوية النزاعات الاستثمارية The International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)، أو عن طريق المحاكم الخاصة والإجراءات شبه الرسمية للدول ذات المصالح المشتركة مثل الدول السبع The Group of 7 Countries (The U.S.,Japan , Germany , France , U.K. , Italy, and Canada).

وكثيراً ما كمّلت هذه المؤسسات والاتفاقيات الجديدة أو أضافت إلى نفسها عمل المؤسسات الأخرى، مثل بنوك التنمية الإقليمية ومنها بنك التنمية للدول الأمريكية The Inter - American Development Bank، وبنك التنمية الآسيوي The Asian Development Bank، حيث قد ساعدت على زيادة توفير الاعتمادات التنموية العامة وتوجيهها نحو جهات أخرى .

ولقد حلّت الكيانات الجديدة - مثل مجموعة الدول السبع الصناعية - محل المؤسسات القديمة في معالجة المشاكل وما يتبعها من نشاطات . من ذلك أن وزراء المالية للدول السبع ناقشوا نِسَبَ التبادل بين دولهم ، واتخذوا اجراءات كان لها أثر على هذه النسب أكثر مما كان لصندوق النقد الدولي . وكثيراً ما يكون دور الكيانات الجديدة تجاه المؤسسات القديمة معقداً، فالاتحاد الأوربي يساعد على تحقيق هدف الاتفاقية العامة للتعرفة الجمركية والتجارة (GATT) وذلك بتقليل الحواجز بين دول الاتحاد، إلا أنه بقدر ما يتباطأ الاتحاد الأوربي في تقليل الحواجز أمام الدول غير الأعضاء فإنه يؤخر التقدم في الاتفاقية العامة للتعرفة الجمركية والتجارة (GATT)، ويشهد بذلك في هذا المجال اتفاقية قانون البحار لعام 1982 (The U.N. Convention on the Law of the Sea of1982)، لأن هذه

الاتفاقية وإن كانت قد نصت على جواز اللجوء إلى محكمة العدل الدولية The International Court of Justice (ICJ)لحل الخلافات إلا أنها أسست محكمة جديدة وهي المحكمة الدولية لقانون البحار : The International Tribunal for the Law of the Sea.

إن التطور الذي حدث في مجال المنظمات الدولية قد رافقه تطوركبير في موقف القانون الدولي من الأفراد، فقد كانت الحماية القانونية للأفراد على الساحة الدولية من حق الدولة التي ينتمون إليها، ولا تمنح إلا إذا قررت تلك الدولة ممارستها بموجب الحماية الدبلوماسية. إلا أنه بعد الحرب العالمية الثانية ونشوء هيئة الأمم المتحدة، والتي حرصت في ميثاقها على تشجيع احترام حقوق الإنسان وتخصيص قدر معتبر من نشاطها لتشجيع ذلك الاحترام من خلال الصياغة المستمرة للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، فقد أصبح للأفراد شخصية اعتبارية في ضوء مفاهيم القانون الدولي المعاصر، بحيث يتمتعون بالحقوق المكفولة بموجب المواثيق الدولية، ولديهم الصلاحية أو القدرة الإجرائية أمام الهيئات الدولية للدفاع عن تلك الحقوق.

وفي ضوء ما تقدم، يتجلى الهدف من هذا البحث في تحليل التطورات الجديدة في القانون الدولي العام ،المتعلقة بالمنظمات الدولية ، وطبيعتها ، والقانون الذي يحكمها ، وقدراتها المختلفة ، وموقف القانون الدولي المعاصر من مسؤولية الدول المكونة للمنظمات الدولية تجاه الآخرين عن الالتزامات والديون التي تتحملها هذه المنظمات باسمها الخاص .

فستظهر هذه الدراسة أن القانون الدولي الآن لا يحدد مسؤولية الدول المكونة

للمنظمات الدولية على أساس وجود الشخصية القانونية لهذه المنظمات ، وإنما على أساس قصد الدول المكونة لها كما يستنتج من تفسير الوثائق التأسيسية لها .

وفي مجال التطورات الحديثة المتعلقة بقدرات أو صلاحيات المنظمات الدولية، فإن هذه الدراسة سوف تبيِّن أن المنظمات الدولية قد استخدمت الآراء الاستشارية كوسيلة للتغلب على الحاجز الذي يمنع المنظمات الدولية من المثول أمام المحاكم الدولية في القضايا المتنازع فيها، وقد أصبحت لديها الصلاحية الإجرائية أمام المحاكم الدولية كطرف متنازع في الدعاوي الدولية .

كما يرمي البحث إلى دراسة التطورات الحديثة المتعلقة بوضعية الأفراد في القانون الدولي الحالي. وبهذا الصدد سوف يوضح البحث أن الأفراد قد أصبحوا موضوعاً مباشراً للقانون الدولي ، حيث أن الأفراد لا يتمتعون فقط بحماية القانون الدولي المباشرة بموجب اتفاقيات الأمم المتحدة المختلفة ويخضعون إلى واجبات القانون الدولي، وإنما يتمتعون كذلك بالصلاحية الإجرائية للمطالبة باحترام نصوص تلك الاتفاقيات أمام الهيئات الدولية والمحاكم الوطنية لبعض الدول على حد سواء؛ إذا كان القانون الدولي جزءاً من القانون الداخلي لتلك الدول كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية .

إن هذه التطورات في مجملها جديرة بالدراسة؛ نظراً للأهمية المتزايدة للمنظمات الدولية في المجتمع الدولي المعاصر، والذي يقوم على الاعتماد المتبادل في تلبية حاجياته ومتطلباته المختلفة من جهة، والدور الفعال الذي تلعبه هذه المنظمات الدولية في تحقيق تطلعات الأفراد في مختلف الميادين الاقتصادية والسياسية والثقافية والاجتماعية وحماية حقوقهم على المستوى الدولي من جهة أخرى .

وتنقسم هذه الدراسة إلى المباحث التالية:

المبحث الأول : المؤسسات الدولية .

المطلب الأول : المنظمات الدولية العامة.

المطلب الثاني : المنظمات الدولية غير الحكومية.

المطلب الثالث : المؤسسات العامة متعددة الجنسيات .

المبحث الثاني : الشخصية القانونية الدولية وآثارها على الساحة الدولية.

المطلب الأول : القدرة على رفع الدعاوي الدولية والقيام بالأعمال القانونية نيابة عن المنظمة الدولية .

المطلب الثاني : القدرة على عقد المعاهدات الدولية.

المطلب الثالث : الامتيازات والحصانات الخاصة بالمنظمات الدولية .

المطلب الرابع : مسؤولية المنظمات الدولية.

المبحث الثالث : مسؤولية الدول المكونة للمنظمات الدولية تجاه الآخرين عن التزامات تلك المنظمات .

المبحث الرابع : الصلاحية الإجرائية للمنظمات الدولية.

المبحث الخامس : وضعية الأفراد في القانون الدولي المعاصر.

المطلب الأول : الصلاحية الإجرائية للفرد .

المطلب الثاني : الواجبات المفروضة على الفرد.

الخاتمة :

المبحث الأول
المؤسسات الدولية

المطلب الأول
المنظمات الدولية العامة

إن عبارة " المنظمات الدولية " في القانون الدولي العام تشير عادة إلى المنظمات التي تتكون كلياً من الدول التي تأسست بموجب معاهدة [1]، فالمعاهدة أو الاتفاقية هي على وجه العموم الوثيقة التأسيسية لهذه المنظمات . إلا أنه من الملاحظ أن مساهمة المنظمات الدولية في تكوين هيئات دولية جديدة قد أصبحت مسألة مقبولة في تطبيقات القانون الدولي المعاصر ، وقد عبّر عن هذه الحقيقة الرأي الصادر عن الأمم المتحدة المتعلق بإنشاء اتحاد مقاصة أسسته البنوك المركزية لعدد من الدول الآسيوية The U . N. Legal Opinion on the Establishment of a Clearing Union by the Central Banks of a Number of Asian Countries .

وقد نص هذا الرأي على أن :

المبدأ القائل بأن شخصاً قانونياً دولياً يمكن أن يأتي إلى الوجود بموجب معاهدة ما هو إلا قاعدة للقانون العرفي الدولي، وأن هناك قاعدة عرفية جديدة للقانون الدولي بصدد التكون التي بموجبها يمكن للشخص القانوني أن يظهر إلى الوجود بموجب اتفاقية عقدت فقط من طرف كيانات عامة مستقلة ذاتياً، وأن تلك الاتفاقية يحكمها القانون الدولي طبقاً لقاعدة جديدة عرفية أخرى.

The Legal Opinion stated that :
The principle that an international legal person can be created by

(1) See, F. Morgenstern , Legal Problems of International Organizations , p.19 (1986) .

virtue of a treaty is , after all , nothing more than a rule of customary international law , and it may well be that a new customary rule of international law is emerging under which such a legal person could also be created by an agreement concluded solely by autonomous public entities , such an agreement being governed by international law pursuant to another new customary rule ... (1)

كذلك، فإن محكمة العدل الأوروبية في رأيها المتعلق بمشروع الاتفاقية المكونة للصندوق الأوروبي لوضع القناة الداخلية للسفن The Draft Agreement Establishing a European Fund for the Laying - up of Inland Waterway Vessels . قد أقرت أن الجماعة الاقتصادية الأوروبية لديها الصلاحية في أن تتعاون مع الأطراف الأخرى في تأسيس هيئة دولية عامة ، وإعطاء تلك الهيئة الصلاحيات في اتخاذ القرارات المناسبة.(2)

وتختلف المنظمات الدولية من حيث المجال والتركيب والوظيفة، فمنظمة الأمم المتحدة تشمل تقريباً كل دول العالم ، ولديها عدة وظائف أو أغراض، وهي

(1) See, United Nations Juridical Yearbook, pp. 215 at 218 (1971).

(2) See , Case 1/76 , European Court Reports , p. 741 (1977) . See also Opinion of the United Nations Office of Legal Affairs Concerning the Interpretation of Article 1, Section 5 of the 1974 Agreement between the United Nations and Romania Establishing the Demographic Centre in Bucharest in which the Office took the position that" considering that both Parties to the Agreement are themselves international entities , and since there is no indication to the contrary , the normal interpretation of Section 5 is that the Parties intended to confer international legal personality on the Centre ... the exact attributes of the Centre's international legal personality would be defined by , or derive from , the terms and purposes of the Agreement , and it is this personality which , in turn , the Romanian Government would recognize and the acts of which it would regulate for the purposes of Romanian internal law in the regulations referred to in the last sentence of Section 5." United Nations Juridical Yearbook , pp. 159 - 60 (1975)

مربوطة " بوكالات متخصصة " مثل منظمة الغذاء والزراعة The Food and Agriculture Organization، ومنظمة الصحة العالمية The World Health Organization، ومنظمة الطيران المدني الدولية The International Civil Aviation Organization.

ويعتبر كذلك البنك الدولي The World Bank، وصندوق النقد الدولي The International Monetary Fund، من الوكالات المتخصصة التابعة للأمم المتحدة، وتعمل بموجب نظامها الخاص. وتعتبر الكثير من المنظمات الدولية هيئات إقليمية واسعة المجالات أو متخصصة .

ويُعرِّف تقرير الولايات المتحدة الثالث في التعليق التمهيدي المنظمات الدولية على النحو التالي :

إن المنظمات الدولية تنشأ بموجب الاتفاقيات الدولية وتنتظم بموجب القانون المتعلق بتلك الاتفاقيات .

إن قانون المنظمات الدولية أصبح فرعاً مستقلاً من القانون الدولي مثل قانون الشركات في الأنظمة القانونية الوطنية الذي تطور عن قانون العقود، وإن كان قد حافظ على صلته به، وخصوصاً عندما يحق لهيئات المنظمة الدولية بموجب الوثيقة المكونة لها أن تتخذ القرارات ،وتوزع الموارد المالية ، وتقبل الأعضاء وتطردهم، أو تفسر أو حتى تعدل الوثيقة المكونة للمنظمة ، فإنه يمكن أن يكون للمنظمة قانونها الخاص بها وهو نوع من القانون الدستوري الدولي.

The Restatement (Third) Part II , Chapter 2 , Introductory Note , states : International organizations are created by international agreements and are governed by the law pertaining to such agreements.The law of international organizations has become a separate subdivision of international law , much as in national

legal systems the law of corporations developed independently of the law of contracts even while retaining links to it . Particularly when organs of an international organization are authorized by its constitutive agreement to make decisions , allocate funds , admit and expel members and interpret or even amend the constitutive agreement , the organization can be said to have a law of its own , a kind of " international constitutional law ." (1)

وتعتمد المنظمات الدولية عادة على هيئة واسعة تمثل جميع الأعضاء مثل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وعلى هيئة صغيرة أخرى تسند إليها قرارات مهمة مثل مجلس الأمن الدولي والسكرتارية العامة لتنفيذ المهام الإدارية والتمثيلية والاستشارية والفنية .

وللمنظمات الدولية الكبيرة أيضاً هيئات فرعية مثل اللّجان والوكالات التي تشرف عليها الهيئات الأساسية ولكنها تتمتع بصلاحيات معتبرة، فعلى سبيل المثال فإن الأمم المتحدة لديها أكثر من مائة هيئة فرعية تقوم بالوظائف التنفيذية والاستشارية ووضع القواعد القانونية ومنها الوظائف القضائية .

المطلب الثاني
المنظمات الدولية غير الحكومية

إن كان القانون الدولي مهتماً أساساً بالمنظمات الحكومية الدولية ، فإن المنظمات غير الحكومية التي تعرف باسم (NGO'S) تلعب دوراً فعالاً على الساحة الدولية ، وفي بعض الحالات لديها وضع قانوني معترف به بموجب المعاهدات وبعض الترتيبات الدولية الأخرى. فقد نص ميثاق الأمم المتحدة على ترتيبات استشارية بين المجلس الاقتصادي والاجتماعي The Economic and Social

(1) See , The U.S. Restatement (Third) : Foreign Relations of the Law .

Council والمنظمات غير الحكومية[١] . وتغطي هذه المنظمات عدداً كبيراً من نشاطات الإنسان وتشمل المنظمات المهتمة بالمسائل الصحية والإنسانية والبيئية وحقوق الإنسان[٢] . والجدير بالذكر أن بعض هذه المنظمات قد منحت حق التعبير عن آرائها أمام الهيئات الدولية الرسمية وفي بعض الحالات تنفذ وظائف حُولت إليها بموجب الاتفاقيات الدولية أو القرارات الحكومية، و المثال الواضح على هذا الدور هو دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي التي تعتبر هيئة غير حكومية أسندت إليها وظائف مهمة بموجب اتفاقيات جنيف لقانون الحرب The Geneva Conventions on Humanitarian Law، فهي مسؤولة عن تقديم الخدمات الإنسانية في الأماكن المصابة بكوارث المجاعة أو الحرب . لكن يجب أن نشير هنا إلى أن المنظمات غير الحكومية بصفة عامة لم تحصل على الشخصية القانونية الدولية حتى الآن ، وأن شخصيتها القانونية والحقوق الخاصة بها تخضع للقانون المحلي الواجب التطبيق .

(١) See , Article 71 of the U.N . Charter , 1983 Yearbook of the United Nations , p . 1325 .

(٢) See , Weissbrodt , The Role of International Organizations in the Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situations of Armed Conflicts , Vand . J. Transnat'l L. Vol . 21 , 313 (1988) ; Steiner , Diverse Partners :Non- Governmental Organizations in the Human Rights Movement (1991).

المطلب الثالث
المؤسسات العامة متعددة الجنسيات

أنشأت الدول كذلك مؤسسات ذات طابع دولي للقيام بنشاطات مالية أو تجارية لفائدة مؤسسات الدولة أو الشركات الخاصة . وقد تأسست هذه الكيانات بصفة عامة بموجب المعاهدات ، وتخضع - خلافاً للمنظمات الدولية العامة - في غالب الأحيان للقانون المحلي لمركزها الرئيسي بدلاً من القانون الدولي .

ومن الأمثلة الواضحة على هذه المؤسسات العامة متعددة الجنسيات بنك التسويات الدولية The Bank of International Settlements الذي تأسس بموجب اتفاقية عقدتها 6 دول في 1930. فهذا البنك يعمل بموجب عقد سويسري ، ويخضع للقانون السويسري إلى الحد الذي لا يتعارض مع الاتفاقية. وتوجد أيضاً منظمة أوروبية تعرف باسم يوروفيمه Eurofima (التي تشتري معدات السكك الحديدية لخطوط السكك الحديدية الوطنية الأوروبية) وهي مؤسسة تكونت بموجب معاهدة ، وتعمل بالطرق التجارية طبقاً لاتفاقياتها وأنظمتها ، والمسائل التي لا تغطيها هذه الاتفاقيات فإنها تخضع للقانون المحلي للدولة التي يوجد بها مركز المؤسسة الرئيسي . وتوجد عدة مؤسسات عامة متعددة الجنسيات تعمل كرابطة أعمال دولية في مجالات الطيران والنقل الجوي مثل طيران الخليج Gulf Air والخطوط الاسكندينافية Scandinavian Air Lines .

والجدير بالذكر أنه بموجب معاهدة 1973 تكونت مؤسسة مهمة متعددة الجنسيات ، وهي المنظمة الدولية للاتصالات للأقمار الصناعية التي تضم عدداً

كـبـيـراً من الدول . The International Telecommunication Satellite Organization , (INTELSAT) .

وتتكون هذه المؤسسة من أعضاء تمثل كيانات عامة أو خاصة مسؤولة عن الجوانب الوطنية للاتصالات العالمية للأقمار الصناعية [١] . وخلافاً للمؤسسات المتعددة الجنسيات المشار إليها أعلاه أو سابقاً ، فإن اتفاقية (INTELSAT) لا تقبل تطبيق القانون المحلي لمركزها الرئيسي لتنظيم أعمالها ، وانما نصت على أن المنازعات القانونية تفصل فيها محكمة تحكيمية على أساس الاتفاقية نفسها والمبادىء القانونية المقبولة عموماً .

المبحث الثاني
الشخصية القانونية الدولية للمنظمات الدولية

إن إضفاء الشخصية القانونية الدولية على المنظمات الدولية يعني قدرتها على القيام بالأعمال القانونية على المستوى الدولي بدلاً من القيام بها داخل النظام القانوني الداخلي . وترتب على ذلك أن المنظمات الدولية قد ساهمت في تطوير القانون الدولي من خلال احترامها للقواعد العرفية وتبنيها للقواعد الدولية [٢]. ولقد مارست المنظمات الدولية عملياً الصلاحيات القانونية الدولية بطرق مختلفة حيث أنها :

عقدت الاتفاقيات الدولية، واستعملت أعالي البحار بسفن تحمل علمها

(١) See , 23 U.S.T.S. 3813 , TIAS No . 7532.

(٢) See , The Work of the International Law Commission on " Relations between States and International Organizations " , Report of the International Law Commission on the Work of its Fory - first Session , 45 U.N. GAOR Supp . (No.10) at 361 , 373 , U.N. Doc . A/44/10 (1989).

الخاص، وكونت قوات السلام الدولية ، وعقدت المؤتمرات الدولية مع ممثلي الدول والمنظمات الدولية الأخرى ، ونظمت داخلياً وظائف وإجراءات هيئاتها ، وأرسلت المبعوثين الدبلوماسيين إلى الدول الأعضاء وغير الأعضاء، واستقبلت البعثات الدائمة من الدول الأعضاء، وقامت بمهام إدارية في بعض الأقطار وقدمت احتجاجات إلى الدول ، ورفعت دعاوي على المستوى الدولي ، وساهمت في بعض نشاطات المنظمات الدولية الأخرى بمبعوثين ملاحظين ..... الخ ٠

International organizations have concluded treaties , made use of the high seas with ships flying their own flag , created international peace forces , convened international conferences with representatives of States and other international organizations , organized internally the functioning and procedure of their organs , sent diplomatic representatives to member and non - member States , have received permanent missions from member States , undertaken administration tasks in certain territories , presented protests to States and brought claims into the international plane , and have participated in the activities of other international organizations with envoys , observers , etc . [١]

ولا ريب أن المعاهدة المؤسسة للمنظمة تنص أحياناً صراحة على أن للمنظمة الشخصية القانونية الدولية٠ إلا أنه قد يكون من الضروري في حالات أخرى استنتاج هذه الشخصية من الصلاحيات الممنوحة للمنظمة في تلك المعاهدة التأسيسية [٢] . ويمكن تلخيص دلائل أو علامات الشخصية القانونية في المنظمات الدولية كالآتي :

(١) See, Rama-Montaldo , International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations British Yearbook of International Law , Vol . 44 , P . 123 (1970) .

(٢) See , R . Higgins , International Law and How We Use It p. 47 (1994) .

1 - اتحاد دائم للدول مزود بهيئات .

2 - الفرق بين المنظمة والدول الأعضاء في الصلاحيات القانونية والأغراض.

3- وجود الصلاحيات القانونية التي تمارس على الساحة الدولية وليس فقط داخل الأنظمة الوطنية لدولة أو أكثر[1].

ورغم الاعتراف الحاصل في الفقه الدولي العام بأن أغلب المنظمات الدولية الحكومية تتمتع بالشخصية القانونية ، إلا أنه ما تزال هناك اختلافات مذهبية قائمة تؤثر على بعض المسائل القانونية ومنها على سبيل المثال :-

1 - هل الشخصية القانونية الدولية تعتبر خاصية ملازمة للمنظمة الدولية أو أنها تعتمد على الوثيقة المكونة للمنظمة والصلاحيات الممنوحة لها صراحة أو ضمناً ؟

2- هل توجد مجموعة محددة من الحقوق والالتزامات ناتجة عن الشخصية الدولية ؟ أم أن الحقوق والواجبات تعتمد على صلاحيات ووظائف المنظمة ؟

وسنحاول الإجابة على هذه الأسئلة من خلال معالجة القدرات المختلفة للمنظمات الدولية ، وكذا دراسة مسؤولية المنظمات الدولية والدول الأعضاء فيها تجاه الآخرين عن الالتزامات التي تعقدها هذه المنظمات باسمها الخاص .

---

(١) See , Weissberg , The International Status of the United Nations (1961); Morozov , In Tunkin (ed .) , Contemporary International Law , pp. 118 - 40 (1970) ; Dupuy (ed .) A Handbook of International Organizations , pp. 43 - 55 (1988).

المطلب الأول
القدرة على رفع الدعاوي الدولية
والقيام بالأعمال القانونية نيابة عن المنظمة

لقد قررت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية Reparation Case [١] أن للأمم المتحدة شخصية قانونية مستقلة ولديها القدرة أو الصلاحية على رفع الدعاوي على الأعضاء وغير الأعضاء على حد سواء[٢]، واعتبرت القدرة على رفع الدعاوي من أجل الأضرار المباشرة جزء لا يتجزأ من الشخصية القانونية، وقد توصلت المحكمة إلى هذه النتيجة بمقتضى تفسير الميثاق في ضوء الأهداف والمهام الممنوحة للأمم المتحدة. لذلك فإن القدرة على رفع الدعاوي تعتمد على عنصرين هما :

1- وجود الشخصية القانونية [٣] .
2 - تفسير الوثيقة المكونة للمنظمة في ضوء الأهداف والمهام المنوطة بتلك المنظمة .

إن الوثيقة المؤسَّسَة لكل منظمة The Constitutive Instrument تحدد سلطات المنظمة ووظائفها، وتعين كذلك الهيئات التي يحق لها أن تمارس تلك السلطات الممنوحة للمنظمة. ولقد أشير كذلك في قضية (Reparation) إلى إنه من الضروري إثبات أن المنظمة قد منحت صراحة أو ضمناً الصلاحية أو القدرة على القيام بالعمل محل السؤال. وقد يطرح السؤال الآتي : هل الأعمال محل السؤال

(١) See, I. C. J. Reports, p. 174 (1949).
(٢) Id. at 184 - 5, 187.
(٣) See, Sorensen, Principes de droit international public, Hague Recueil, vol, 101, p. 139 (1960 - III).

قد نفذت من قبل أو بموافقة الهيئات المرخص لها بموجب الوثيقة المؤسسة للمنظمة ؟ فإذا لم تنفذها الهيئات المرخص لها أو لم توافق عليها ، هل يمكن اعتبار هذه الأعمال بأنها من أعمال المنظمة الدولية ؟ وهل تكون لديها أثار قانونية إذا لم تصدر عن الهيئات المناسبة ؟

لقد درست هذه الأسئلة في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية المتعلق ببعض نفقات الأمم المتحدة . The Case Concerning Certain Expenses of the United Nations[1]، فالنفقات المشار إليها قد صرفتها الأمم المتحدة في عمليات حفظ السلام في منطقة السويس والكونغو (الآن الزائير) . وقد قررت الجمعية العامة وضع هذه النفقات في الميزانية كمصاريف للمنظمة ، غير أن بعض الأعضاء وبصفة خاصة الاتحاد السوفياتي السابق وفرنسا قد طعنا في شرعية هذا القرار ، فادعت هذه الدول أن هذه النفقات والأعمال الأساسية لم توافق عليها الهيئة المختصة للأمم المتحدة ويُعني بها مجلس الأمن الدولي .

وقررت المحكمة بالأغلبية أن الجمعية العامة لديها الصلاحية الكاملة لتقرير أن النفقات المذكورة كانت تابعة للمنظمة . أما بالنسبة للإدعاء بأن القرار قد اتخذته هيئة غير مختصة ، فقد قررت المحكمة ما يلي :

لا يوجد خلاف في أن التصرف محل السؤال يعتبر ضمن وظائف المنظمة ، إلا أنه قد اتخذ أو نفذ بطريقة تتعارض وتوزيع الوظائف بين الهيئات العديدة التي حددها الميثاق . واذا كان التصرف قد صدر عن هيئة غير مختصة فهو تصرف غير عادي من ناحية الهيكل الداخلي، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة أن النفقات

(١) See , I. C . J . Reports , p. 151 (1962) .

المذكـورة ليـست من نفـقـات المنظمـة ، إذ أن القـانون الداخلي والقـانون الدولي يتصوران على حد سواء الحالات التي قد تكون فيها الشركة أو الهيئة السياسية ملزمة تجاه الأطراف الأخرى بأعمال الوكيل المخالفة لنظام الشركة أو الهيئة السياسية ·

The Court decided that :

It is agreed that the action in question is within the scope of the functions of the Organization but it is alleged that it has been initiated or carried out in a manner not in conformity with the division of functions among the several organs which the Charter prescribes . If the action was taken by the wrong organ , it was irregular as a matter of the internal structure , but this would not necessarily mean that the expense incurred was not an expense of the Organization. Both national and international law contemplate cases in which the boby corporate or politic may be bound , as to third parties , by an ultra vires act of an agent (١) .

المطلب الثاني
القدرة على عقد المعاهدات الدولية

إن المنظمات الدولية افترضت أنها تملك القدرة على عقد المعاهدات مع الدول بصرف النظر عن أن هذه القدرة توجد صراحة أو ضمناً في وثيقتها التأسيسية· إلا أن نسب القدرة على عقد الاتفاقيات الدولية إلى الشخصية الدولية لا يَحُل السؤال التالي : هل تعتبر معاهدة معينة ضمن أهداف المنظمة وصلاحياتها ؟

للإجابة عن هذا السؤال يجب النظر في دستور المنظمة والصلاحيات التي منحت لها بشكل صريح أو ضمني ، حيث أن السؤال لا يقرره وجود الشخصية

(١) Id . at 168 .

الدولية فحسب [١]، حيث تنص المادة 6 من اتفاقية الأمم المتحدة للمعاهدات المبرمة بين الدول والمنظمات الدولية أو بين منظمتين دوليتين أو أكثر على الآتي :

إن قــدرة المنظمـــة الدوليـــة على عــقــد المعـــاهدات تخـــضع للقـــواعـــد المتعلقة بتلك المنظمة .

Article 6 of the U.N. Convention on Treaties Concluded Between States and International Organizations or Between Two or More International Organizations provides :

The capacity of an international organization to conclude treaties is governed by the relevant rules of that organization [٢].

و الوثيقة المؤسسة للمنظمة The Constitutive Instrument لا تمنح -عادة- المنظمة الصلاحية المطلقة (الكاملة) لعقد المعاهدات ، والمحاكم الدولية لم تعترف أيضاً بتلك الصلاحية [٣]، إلا أنه يمكن إثباتها عن طريق تفسير الوثيقة ككل ، والرجوع إلى نظرية الصلاحيات الضمنية . فقد أقر ميثاق الأمم المتحدة

(١) See , Brownlie , Principles of Public International Law , p . 683 - 4 (4 th ed . 1990).

(٢) See , I . L . M . vol . 25 , p . 543 (1986) . For comment on this article , see I . L . C. Rep . 295 - 96 (1981). For a detailed discussion of the Convention see , Gaja , A New Vienna Convention on Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations : A Critical Commentary , British Yearbook of International Law p.253 - 269 (1987) .

(٣) The European Court of Justice in the Case of France v . Commission (Aug. 9 , 1994) has held that the Commission lacked the competence to enter into an executive agreement in 1991 with the U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission both to coordinate , and to avoid overlap between , the extraterritorial aspects of the antitrust and competition powers of the United States and the European Community . See , Case C - 327/91 French Republic v. Commission (Aug . 9/1994). For an excellent discussion of this case , see , G . Schuster, American Journal of International Law , vol . 89 . p 136 (1995) .

صراحة بعض الاتفاقيات مثل اتفاقيات الوصاية [1] Trusteeship Agreements، واتفاقيات العلاقة بين الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة [2] . غير أن الأمم المتحدة ومنظمات أخرى عقدت اتفاقيات المركز الرئيسي[3] مع الدول، وعقدت كذلك اتفاقيات التعاون مع منظمات أخرى رغم أن الوثيقة التأسيسية (الميثاق) لا تحتوي على ترخيص صريح لعقد مثل تلك الاتفاقيات .

المطلب الثالث

الامتيازات والحصانات الخاصة بالمنظمات الدولية

لا تستطيع المنظمات الدولية القيام بمهامها بفعالية إلا إذا تمتعت بقدر معين من الحرية والحماية القانونية لممتلكاتها ومراكزها ومؤسساتها وموظفيها وممثلي الدول الأعضاء المعتمدين لديها . ولهذا السبب فقد كلفت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة القانون الدولي The International Law Commission بتدوين وتطوير القواعد المتعلقة بوضعية وحصانات وامتيازات المنظمات الدولية ووكلائها . وفي دورتها الحاديه والعشرين في 1979 عينت لجنة القانون الدولي Leonardo Diaz - Gonzalez مقرراً خاصاً Special Rapporteur ليخلف المقرر الخاص Abdullah El-Erian لدراسة العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية

(١) See , Chapter XII of the Charter .

(٢) See , Articles 57 and 63 of the Charter .

(٣) See , Agreement Between the United States and the United Nations Regarding the Headquarters of the United Nations , 11 U . N . T . S . 11 , T . I . A . S . 1676 .

(القسم الثاني) المتعلق بامتيازات وحصانات المنظمات الدولية ووكلائها[١]. وقد قدم المقرر الخاص ملخصاً للموضوع الذي يغطيه المشروع والذي فرّق بين الامتيازات والحصانات غير المالية ، والامتيازات والحصانات المالية وصنفها إلى ثلاث فئات هي :

(1) المنظمات الدولية، (2) المسؤولين بالمنظمات الدولية، (3) الخبراء المبتعثين في مهمات للمنظمات الدولية [٢]. غير أن لجنة القانون الدولي قررت تأخير دراسة المسائل المتصلة بالفئة الثانية والثالثة إلى وقت آخر . وبناء عليه ، فإن المواد التي وضعها المقرر الخاص المتعلقة بالعلاقات بين الدول والمنظمات الدولية (القسم الثاني) قد اقتصرت على المنظمات الدولية ، وتناولت الشخصية القانونية لها والامتيازات والحصانات الخاصة بممتلكات وأموال تلك المنظمات ومنشورات ومرافق الاتصالات الخاصة بها . وقد ناقشت لجنة القانون الدولي هذه المواد في دوراتها المختلفة حتى نوفمبر 1992 عندما قررت عدم متابعة دراسة هذه المسائل أثناء مدة عمل أعضائها [٣]. إن المواد التي صاغها المقرر الخاص أدمجت نظرية الضرورة العملية Functional Necessity في الدراسة، حيث أصبحت الحصانات والامتيازات التي منحت للمنظمات الدولية وممتلكاتها وأموالها ووسائل اتصالاتها

---

(١) See , Yearbook of the International Law Comission , vol . I. p. 240 , (1979).

(٢) See , U.N. Doc . A/CN . 4/401 , reprinted in Yearbook of the International Law Commission , vol . II , p. 163 (1986) .

(٣) See , Draft Report of the International Law Commission on the Work of its Forty - fourth Session , V, at 2 , Para .5,U.N.Doc. A/CN.4/L .477 (1992) . For a discussion of the consequences of the ILC's decision , see , P. H.F.Bekker , The work of the International Law Commission on" Relations between States and International Organizations " Discontinued : an Assessment Leiden Journal of International Law , vol . 6:1 , pp. 3 - 16(1993) .

تتطابق مع الاحتياجات الضرورية والعملية للمنظمات الدولية في تحقيق أغراضها وممارسة وظائفها. لقد نصت المادة 22 على ما يلي :

لأغراض المواد السابقة، فإن مصطلحات " النشاط الرسمي " أو " الاستعمال الرسمي " سوف تعني النشاطات المتعلقة بتحقيق أهداف المنظمة الدولية

Draft Article 22 provides :
For the purposes of the foregoing articles the terms "official activity "or" official use" shall mean those relating to the accomplishment of the purposes of the international organization [1].

وتبرير منح الامتيازات والحصانات للمنظمات الدولية على أساس الضرورة العملية قد أصبح الآن مبدأ مقبولاً في القانون الدولي[2]. بل وأكده ميثاق الأمم المتحدة حيث أن المادة 105 من الميثاق تنص على الآتي :

1- تتمتع المنظمة في قطر كل عضو من أعضائها بالامتيازات والحصانات الضرورية لتحقيق أهدافها .

2- يتمتع أعضاء الأمم المتحدة ومسؤولوا المنظمة كذلك بالامتيازات والحصانات الضرورية ليمارسوا باستقلالية وظائفهم التي لها علاقة بالمنظمة.

3- يجوز للجمعية العامة تقديم توصيات بخصوص تحديد تفصيلات

---

(١) See ,Yearbook of the International Law Commission , vol . I, p.166 , 167 (1991).

(٢) See , Glenn , Kearney , Padilla , Immunties of International Organizations , Virginia Journal of International Law , vol . 22 , pp . 247 , 276 (1982) ; Advisory Opinion Concerning the Applicability of Article VI, Section 22 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations , I . C . J . Rep. pp . 177 , 194 , 195 , Paras . 47 , 50 , 52 (1989) .

وتطبيقات الفقرتين 1 و 2 من هذه المادة أو يجوز لها اقتراح اتفاقيات للدول الأعضاء في الأمم المتحدة لهذا الغرض .

Article 105 of the U.N. Charter Provides:

1- The Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes .

2- Representatives of the Members of the United Nations and Officials of the Organization shall similarly enjoy such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions in connexion with the Organization .

3- The General Assembly may make recommendations with a view to determining the details of the application of paragraphs 1 and 2 of this Article or may propose conventions to the Members of the United Nations for this purpose [١].

إلا أن المحاكم الوطنية للدول لم توفر إلى الآن مبادىء قانونية مترابطة ، ذلك أن بعض الأحكام تعتمد على القياس على الحصانات الدبلوماسية والبعض الآخر يعتمد على النظرة العملية [٢]. فيمكن - كما هو الشأن بالنسبة للحصانات الدبلوماسية - التخلي عن حصانات المنظمات الدولية أو فقدانها حيث أن المحاكم الإنكليزية قد قررت أن حرمة الأرشيف قد تفقد إن أرسلت دولة من دول المنظمة

---

(١) See , Yearbook of the United Nations (1983) .

(٢) See , e . g . M. v. United Nations and Belgium , International Law Reports , vol . 69 , p . 139 ; Broadbent v . O . S . A . International Law Reports , vol .63 , p . 337 ; I . A . E . A Representative Immunity Case , International Law Reports , vol. 70 , p . 413 ; X . v . Department of Justice and Police of Canton of Geneva , International Law Reports , vol . 75 . p . 90 .

جزءاً منه إلى أشخاص آخرين[١] .

ومن المعلوم أن مسألة الامتيازات والحصانات الخاصة بممثلي الدول لدى المنظمات الدولية قد نظمتها اتفاقية فيينا لتمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية ذات الطابع العالمي The Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character of 1975 [٢] .
ومن ثم تبنتها الأمم المتحدة سنة 1975 رغم معارضة الدول المضيفة الرئيسة. ومما لا يخفى أن هذه الاتفاقية تطبق على البعثات الدائمة التي تقوم بتمثيل الدول الموفدة إلى المنظمة المعنية وعلى الوفود التي ترسل لحضور المؤتمرات التي تعقدها .

والجدير بالذكر أن الحصانات والامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية قد صيغت على غرار اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية The Vienna Convention on Diplomatic Relations، والحق أن هذه الاتفاقية ماهي إلا نتيجة للمواد التي صاغها المقرر الخاص عبد الله العريان Abdullah El-Erian في مقترحه عن العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية (القسم الأول) ، وقد كانت عرضة لنقد عدد من الحكومات على أساس أن مصالح الدولة المضيفة لم تحصل على الحماية الكافية، فالولايات المتحدة الأمريكية مثلاً لا تعترف بأن تلك

(١) See , Shearson Lehman Bros . Inc . v . Maclaine Watson & Co Ltd . (No . 2) , (1988) I All England Reports 116 .

(٢) For the tex see , American Journal of International Law , vol .69 , p . 630 (1975).

الاتفاقية مطابقة للقانون الدولي الحالي[1] .

والسؤال المطروح الآن : هل حصانات المنظمات الدولية مطلقة أم مقيدة Absolute or restrictive؟ للإجابة عن هذا التساؤل نقول بأن الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة تعتبر متمتعة بالحصانة المطلقة في عملياتها الداخلية التي تشمل العلاقات مع موظفيها[2]. بينما لم يحسم القانون الدولي المسألة بعد بشأن المنظمات الدولية الأخرى . وفي هذا الصدد ينص التعليق (d) لتقرير الولايات المتحدة الثالث على الآتي :

يبدو أن النظرية المقيدة للحصانة التي تقيد حصانة الدولة من الإجراءات القضائية The Restrictive Theory of Immunity لاتطبق على الأمم المتحدة وعلى أغلبية الوكالات المتخصصة ومنظمة الدول الأمريكية ، فهذه المنظمات تتمتع بالحصانة من الاختصاص القضائي في كل القضايا بموجب ميثاقها طبقاً لقانون الولايات المتحدة . لكن هل تتمتع المنظمات الدولية الأخرى بحصانة مطلقة أم مقيدة طبقاً للقانون الدولي ، المسألة غير واضحة، وإلى أن تحسم قانونياً يحتمل أن تتمتع فقط بحصانة مقيدة طبقاً لقانون الولايات المتحدة الأمريكية .

Comment (d) of the U.S.Restatement (Third) provides that :

It appears that the restrictive theory that limits the immunity of a State from legal process does not apply to the U.N.,to most of its specialized agencies , or to the organization of American States .

(١) See M . Nash (Leich)Digest of the United States Practice in International law , p. 25-9 (1973).

(٢) See , Mendaro v. World Bank , 717 F . 2d 610 (D . C . Cir . 1983) . See also Tuck v. Pan American Health Organization , 668 F . 2d 547 (D . C . Cir . 1981) ; the letter From Legal Adviser Roberts B . Owen , Department of State , to General Counsel Leroy D . Clark , Equal Employment Opportunity Commission , dated June 4 , 1980 , in M . Nash (Leich) , Digest of the United States Practice in International Law , pp. 68 - 72 (1980).

These organizations enjoy Immunity from jurisdiction to adjudicate in all cases under their charters and other international agreements and under the law of the United States .

Whether other international organizations enjoy absolute or restricted immunity under international law is unclear , but at least until that question is authoritatively resolved they will probably be accorded only restricted immunity under the law of the United States (١).

المطلب الرابع
مسؤولية المنظمات الدولية

باعتبار أن المنظمات الحكومية الدولية لديها الحق في رفع الدعاوي الدولية وعقد المعاهدات، فيمكن لها كذلك أن تكون مسؤولة على المستوى الدولي عن تقصيرها وخرق التزاماتها التعاقدية . فكما يمكن لها أن تكون مدّعية، يمكن كذلك أن تكون مدعى عليها ، وقد قبلت المنظمات الدولية في الواقع العملي تحمُّل مسؤولية تقصير مسؤوليها ووكلائها في أداء أعمالهم (٢) .

أما فيما يتعلق بعمليات حفظ السلام تحت إشراف الأمم المتحدة ، فإن مسألة المسؤولية المالية تقرر عادة بموجب الاتفاقيات المناسبة بين الأمم المتحدة والحكومات المساهمة في القوات من جهة ، والأمم المتحدة والدول المضيفة من جهة أخرى(٣) .

(١) See , The U . S . Restatement (Third) Reporter's Note 4 .

(٢) See , Yearbook of the United Nations , p . 138 (1965) ; M .v. Organization des Nation Unies et Etat Belge , International Law Reports , vol . 45 , p . 446 .

(٣) For a detailed study of the various aspects of responsibility in relation to the United Nations peacekeeping activities , see Bowett et al . , United Nations Forces (1964) .

وفيما يخص الأعمال التقصيرية لقوات حفظ السلام تحت إشراف الأمم المتحدة [١]، فإنه يمكن أن تنسب هذه الأعمال إلى الأمم المتحدة وتتحمل المسؤولية الناتجة عنها .

ولذلك فإن الأعمال التقصيرية التي تصدر عن قوات حفظ السلام في الصومال[٢] والبوسنة[٣] والتي تعمل تحت إشراف الأمم المتحدة يمكن أن تنسب إلى الأمم المتحدة، وتعتبر هذه الأخيرة مسؤولة كمنظمة عن تلك الأعمال وليست الدول الأعضاء بكافتها (بالتضامن) . The Responsibility of the U.N. as an Organization and Not the Responsibility in Solidum of the Member States.

وقد رأى الأستاذ Lubin أنه :

عندما يكون العمل غير المقبول قد صدر من أشخاص أو منظمات تحت سلطة الأمم المتحدة الفعلية فإنه يمكن أن تنسب المسؤولية الدولية إليها .

---

(١) For a detailed discussion of the legal authority for the creation and structure of the U.N.forces , see A.S. Miller , Universal Soldiers : U.N. Standing Army and the Legal Alternatives , Georgetown Law Journal , vol . 81 , pp . 773 - 828 (1993).

(٢) For a detailed study of the Somali situation prior to and during the conflict leading to the introduction of Peace-Keeping Forces , see J.Clark , Debacle in Somalia Foreign Affairs , vol . 72 , pp. 109 - 123 (1993); J. Stevenson , Hope Restored in Somalia , Journal of Modern African Studies , vol . 31 , pp. 1 - 30 (1993).

(٣) For the background of the conflict in Bosnia and the Peace - Keeping operations there and the obstacles that faced the U.N. Mission , see C.M. Goebel , Population Transfer , Humanitarian Law and the Use of Ground Force in U.N. Peacemaking : Bosnia and Herzegovina in the Wake of Iraq , New York University Journal of International Law & Politics vol . 25 : 3 , pp . 627- 698 (1993) . But for an excellent article on the conditions for the deployment of Peace - Keeping Forces , see , I.C.Meijer , UN Peace - Keeping Forces : The Conditions of Change , Leiden Journal of International Law , vol . 7:1 , pp . 63 - 87 (1994).

Professor Lubin has argued that :

When the behaviour which is being denounced has come from persons or organizations under its actual authority , international responsibility may be attributed to the United Nations .[1]

والجدير بالذكر أن بعض عمليات قوات حفظ السلام في الصومال قد أدت إلى إصابة العديد من الصوماليين في أرواحهم وممتلكاتهم. ومرجع ذلك إما لعدم وجود ضرورة عسكرية [2]، لتلك العمليات أو أن القبعات الزرقاء لم تكن في حالة الدفاع عن النفس[3]، ومن ثم فإن الأمم المتحدة تعتبر مسؤولة عن الأضرار الناتجة عن تلك العمليات وأن تلك المسؤولية تتطلب التعويض للمتضررين من تلك العمليات .

ولقد أقرت محكمة العدل الدولية الدائمة واجب التعويض نتيجة الأعمال التقصيرية منذ فترة طويلة ، حيث قررت في حكم صادر عنها في 1928 ما يلى :

(١) See , W . Lubin Towards the International Responsibility of the United Nations in Human Rights Violations During " Peace - Keeping " Operations : the Case of Somalia , The Review International Commission of Jurists , No . 52 , P.50 (1994) .

(٢) Military necessity eliminates the illicit nature of the violation if several conditions are met which are:(1) the exoneration must not have been excluded by a treaty , expressly or merely in spirit ; (2) the violation of the right was the only possible means ; (3) this violation may not prejudice an equally essential interest of the victim ; (4) no violation of a norm of jus cogens was involved . See , W . Lubin , Towards the International Responsibility of the United Nations In Human Rights Violations During Peace-Keeping Operations : The Case of Somalia ,The Review International Commission of Jurists , No 52 , p.51 (1994).

(٣) The concept of self - defence was interpreted to include resistance to attempts by forceful means to prevent the Force from discharging its duties under the mandate of the Security Council . See U.N. Doc . S / 11052 / Rev . 1 , Para . 4 (d) .

إن المحكمة تعتبر أن التعويض نتيجة الإخلال بالالتزام هو مبدأ من مبادىء القانون الدولي ، وهو كذلك قاعدة من القواعد العامة للقانون ·

The Permanent Court of International Justice said that :
The Court finds that it is a principle of international law , and even a general concept of law , that any violation of a responsibility entails the duty of repairing it(١).

غير أن الأستاذ Brownlie يرى أنه لا توجد أدلة على الافتراض القانوني الذي يُحمل الأمم المتحدة لوحدها المسؤولية عن الأعمال التقصيرية التي تسببت فيها تلك القوات (٢)، لكن الأمم المتحدة في الواقع العملي قبلت مسؤولية التعويض عن الأضرار والإصابات الشخصية التي سببتها تلك القوات عندما كانت تعمل تحت إشرافها(٣).

ولا شك أن المنظمات الدولية تعتبر مسؤولة عن خرق التزاماتها التعاقدية تجاه الأفراد والشركات· ولقد أوجدت تطبيقات هذه المسؤولية مجموعة مهمة من القواعد القانونية، وخاصة في مجال القانون الواجب تطبيقه، وشروط العقود، وتسوية المنازعات(٤) .

(١) See , Decree No . 13 of 13 Sept . 1928 ,Series A,No.17, at 47 .

(٢) See , Brownlie , Principles of Public International Law , p. 688 (4 th ed . 1990).

(٣) See, L . Henkin , R.Pugh ,O .Schachter and H . Smit , International Law:Cases and Materials . p .359(3 rd ed 1993).

(٤) See , F . Seyersted , Applicable Law in Relations between Intergovernmental Organizations and Private Parties, Recueil des Cours , vol . 122 , p. 427 (1967 - III); Valticos , Les contrats conclus par les organizations internationales avec des personnes privee , Annuaire de I ' Institut de Droit International , vol . 57 - I (1977) .

وفيما يخص العقود التي تبرمها المنظمات الدولية مع الأطراف الخاصة ، فإن المنظمات الدولية تفترض أن تلك الالتزامات التعاقدية يجب أن يتم تفسيرها وتطبيقها بموجب المبادىء العامة للقانون (General Principles of Law) سواء نصت تلك العقود على ذلك صراحة أم لا ، وذلك لحماية نفسها من الدخول تحت طائلة الأنظمة القانونية للدول الأعضاء [1] . إلا أن الأمم المتحدة وان كانت لا تعتبر أي نظام وطني للدول الأعضاء ملزم لها سواء في تنفيذ العقود أو في حل المنازعات الناشئة عنها ، فإنها تحرص على أن تكون تلك العقود متماشية مع قانون مكان التعاقد وقانون مكان الإنجاز والقانون الوطني للأطراف الخاصة التي تعاقدت معها [2] .

(١) See , Morgenstern , op . cit ., at 40 .

(٢) See , United Nations Juridical Yearbook , p. 164 (1976) . Legal Scholars have also distinguished between voluntary compliance and legal subjection . See B . Knapp , Questions juridiques relatives `a la construction d'immeubles par les organisations internationales , Annuaire suisse de droit international , vol . 33 , p. 51 , 69 (1977).

المبحث الثالث
مسؤولية الدول المكونة للمنظمات الدولية تجاه الآخرين عن التزامات تلك المنظمات

ومن المسائل التي حظيت باهتمام كبير أخيراً الحالات التي قد يكون فيها أعضاء المنظمة الدولية مسؤلين فيها بصفة ثانوية Secondarily أو بالتضامن Concurrently عن ديون المنظمة تجاه الأطراف الآخرى. وقد عالجت المحكمة التحكيمية لغرفة التجارة الدولية هذه المسألة The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce في قضية : Westland [١] Helicopters Ltd v. Arab Organization for Industrialization حيث طرح السؤال التالي : هل الدول المؤسسة للمنظمة العربية للتصنيع وهي: الإمارات العربية المتحدة ، والمملكة العربية السعودية ، وقطر ، وجمهورية مصر العربية، مسؤولة عن التزامات المنظمة التي تعاقدت عليها باسمها الخاص مع Westland Helicopters , Ltd ؟لقد رأت المحكمة أن مسؤولية الدول المكونة للمنظمة لا تحدد بناء على صفة المنظمة كشخصية قانونية ، وانما بناء على دراسة الوثيقة المكونة للمنظمة The Constituent Instrement of the Organization وهل أن تلك الوثيقة قد استبعدت صراحة مسؤولية الدول الأربعة عن الأعمال التي تقوم بها المنظمة باسمها الخاص. لقد قالت المحكمة :

إن صفة المنظمة " كشخصية قانونية " ومنحها الوجود المستقل لا يقدم أي أساس للحكم بأن الذين أسسوا المنظمة ملزمين بالالتزامات التي تحملتها المنظمة ، لذلك يجب عدم مراعاة السؤال المتعلق بالشخصية القانونية

(١) See , Westland Helicopters Ltd v. A. O. I. International Law Reports , vol. 80 , P. 595 (1991.

للمنظمة العربية للتصنيع. إن المسؤولية الممكنة للدول الأربعة يجب أن تقرر بموجب دراسة الوثائق المكونة للمنظمة العربية للتصنيع .

The Court said that :

The designation of an organization as " legal person " and the attribution of an independent existence do not provide any basis for a conclusion as to whether or not those who compose it are bound by obligations undertaken by it. One must therefore disregard any question relating to the personality of the A.O.I. The possible liability of the four States must be determined by directly examining the founding documents of the A.O.I.in relation to this problem [1].

وبناء على ذلك فقد قضت المحكمة اعتبار الدول الأربعة مسؤولة من خلال دستور المنظمة العربية للتصنيع، ولقد لاحظت أنه لا المعاهدة المكونة للمنظمة ولا النظام الأساسي لها يقرر الأثر فيما يخص الدول الأربعة بالنسبة للالتزامات التي تحملتها المنظمة تجاه الآخرين . ولذلك فقد قررت المحكمة :

أنه إذا لم تكن هناك أية قاعدة قانونية قابلة للتطبيق، فماذا يستنتج من سكوت الوثائق المكونة للمنظمة العربية للتصنيع عن مسؤولية الدول الأربعة ؟ في غياب أي نص يستبعد صراحة أو ضمنياً مسؤولية الدول الأربعة، فإن هذه المسؤولية موجودة لأنه كقاعدة عامة فإن الذين يدخلون في معاملات اقتصادية يعتبرون مسؤولون عن الالتزامات التي تنشأ منها . ولتقصير الدول الأربعة في الاستبعاد الرسمي لمسؤوليتها ، فإن الآخرين الذين تعاقدوا مع المنظمة العربية للتصنيع يستطيعون بشكل مشروع أن

(١) Id. at 612.

يعتمدوا على مسؤولية الدول الأربعة .

The Court decided that :

In the absence of any rule of applicable law (régle de droit positif), what is to be deduced from the silence of the founding documents of the A.O.I . as to the liability of the four States ? In the absence of any provision expressly or impliedly excluding the liability of the four States , this liability subsists since , as a general rule , those who engage in transactions of an economic nature are deemed liable for the obligations which flow therefrom . In default by the four States of formal exclusion of their liability , third parties which have contracted with A.O.I. could legitimately count on their liability [١].

لقد قالت المحكمة إن هذه القاعدة نابعة من المبادىء القانونية العامة ومن حسن النية[٢]. ثم مضت المحكمة لتدعم رأيها بمناقشة أخرى بالإشارة إلى دستور المنظمة العربية للتصنيع حيث وجدت أن المنظمة والدول المكونة لها شيئاً واحداً، إذ أنه في نفس الوقت الذي أسست فيه المعاهدة بين الدول الأربعة هذه المنظمة؛ فقد شكلت لجنة عليا مكونة من الوزراء المختصين لتلك الدول مكلفة ليس فقط بالتصديق على النظام الأساسي للمنظمة بل أيضا بإدارة السياسة العامة للمنظمة ، وتصف المادة 23 من النظام الأساسي للمنظمة تلك اللجنة بأنها السلطة الراجحة [٣]. وقد أكدت المحكمة هذا الاستنتاج بالمادة 56 التي تنص على أنه في حالة وجود خلافات داخل اللجنة، فإنه يجب الرجوع إلى ملوك وأمراء ورؤساء الدول .

وقد طرحت هذه المسائل كذلك أمام محكمة الاستئناف الإنكليزية

(١) Id. at 613.

(٢) Id .

(٣) Id. at 615.

The English Court of Appeals فــي قضيــة[1] Maclaine Watson and Co . Ltd . v . Department of trade والتي نشــأت نتــيــجة عــجــز المجلس الدولي للقــصــديــر International Tin Council (ITC) عن دفع الديون التي ترتبت على العقود التي وقعها لدعم أسعار القصدير. و المجلس الدولي للقصدير (ITC) كان منظمة دولية تأسست بموجب الاتفاقية الدولية السادسة للقصدير The Sixth International Tin Agreementوتتمتع بالشخصية الدولية .

في هذه القــضــيــة، نجد أن محكمة الاستئناف الإنكليزية قد رفضت تطبيق المبادىء القانونية التي أقرتها المحكمة التحكيمية في قضية Westland Ltd v. A.O.I، والتي تتمثل في أن تقرير مسؤولية الدول الأعضاء لا يتم على أساس صفة المنظمة كشخصية قانونية وإنما بناء على استبعاد مسؤولية الدول الأعضاء صراحة في الوثيقة التأسيسية . لذا قالت المحكمة :

لا أستطيع أن أقبل أن القانون الدولي العام يشترط أو يسمح بأن تحدد مسؤولية الأعضاء في منظمة دولية مثل المجلس الدولي للقصدير بمجرد الإشارة فيما إذا كان يوجد استبعاد صريح لتلك المسؤولية أم لا . أتوقع وأقرر إذا كان ذلك ضرورياً أن قاعدة القانون الدولي لهذا الغرض هي أن الوثيقة المكونة للمنظمة يجب أن تحلل في سياقها الواقعي، وأن الأعضاء يجب أن يعتبروا ملزمين بتلك المسؤوليات سواء إلى الدائنين أو بموجب التعويض إلى المنظمة التي من الممكن إظهارها أنها نشأت في القانون عن الوقائع وليست مستبعدة صراحة أو بالتضمين الضروري بمقتضى الوثيقة المكونة.

(١) See ,Maclaine Watson and Co. Ltd . v. Department of Trade, International Law Reports, vol . 80 . p . 47 . See also J. H . Rayner Ltd . v . Department of Trade and Industry (1989) 3 W.L.R 969 .

The Court said that :

I cannot accept that public international law requires or permits the liability of members of an international organization such as the I.T.C. to be established simply by reference to whether there is or is not an express exclusion of liability. I would expect, and if necessary would hold , that the rule of international law for this purpose must be that the constituent document be construed fairly in its factual context and that the members should be held to be bound to such liabilities , whether to creditors , or by way of indemnity to the organization , which can be shown to have arisen in law on the facts and not to be excluded expressly or by necessary implication under the terms of the constituent document [1].

ولقد استنتج الأستاذ Amerasinghe أن الرأي الأصوب هو أنه :

لا توجد قرينة عندما لا تشير الوثيقة التأسيسية للمنظمة إلى قصد معين بأن أعضاء المنظمة الدولية مسؤولون بالتضامن أو بصفة ثانوية عن التزامات المنظمة، فالافتراض عندئذ هو عكس ذلك . إلا أنه وإن كانت لا توجد أدلة في المصادر، فإن أسباباً سياسية تقترح أيضاً ضرورة تقييد هذه القاعدة على أساس الحجة المغلقة أو الحد المانع: (Estoppel)، فالافتراض بعدم المسؤولية يمكن أن يستبدل بأدلة تفيد أن الأعضاء كلهم أو بعضهم أو المنظمة بموافقة الأعضاء قد أعطت الدائنين مبرراً بأن يفترضوا أن الأعضاء (كلهم أو بعضهم) يقبلون المسؤولية التضامنية أو الثانوية حتى إذا لم يكن هناك قصد صريح أو ضمني في الوثيقة التأسيسية .

Professor Amerasinghe concluded that :

The better view is that there is no presumption when the constituent instrument does not indicate such an intention,that members of an international organization are concurrently or secondarily liable for its obligation . The presumption is thus the reverse . However , though there is no evidence of this in the sources , policy reasons also suggest the need to limit this rule on the basis of

(١) See , International Law Reports , vol . 80 , p. 170 .

estoppel : the presumption of nonliability could be displaced by evidence that members (Some or all of them) or the organization with the approval of members gave creditors reason to assume that members , (some or all of them) would accept concurrent or secondary liability even without an express or implied intention to that effect in the constituent instrument [١] .

وهذا ما اعتمدت عليه إلى حد ما المحكمة التحكيمية في قضية Westland Helicopters Ltd v. A.O.I.، حيث رأت أن الدول الأربعة المكونة للمنظمة العربية للتصنيع قد أعطت مبرراً للآخرين بأن يفترضوا مسؤوليتها عن التزامات وديون المنظمة بموجب مذكرة التفاهم (The Memorandum of Understanding) التي وقعها وزير الدفاع المصري مع الحكومة البريطانية نيابة عن اللجنة العليا للمنظمة، والتي تعهد فيها بأن المنظمة سوف تنفذ التزاماتها تجاه كل الشركات البريطانية حسب نصوص هذه المذكرة . ولذلك قالت المحكمة :

إن المادتين (4) و (9) من المذكرة (الدول الأعضاء للمنظمة العربية للتصنيع) تجعل الشخص يعتقد أن الدول الأربعة في تشكيلها للمنظمة لم تقصد أن تختفي كلية ورائها ، بل بالأحرى أن تشارك فيها كأعضاء مسؤولين .

The Court said that :

Articles 4 and 9 of the Memorandum of Understanding (" the Member States of the A.O.I ") lead one to think that the four States in forming the A.O.I . did not intend wholly to disappear behind it , but rather to participate in the A.O.I. as " members with liability " ("Membres responsables ") [٢].

(١) See Amerasinghe , Liability to Third Parties of Member States of International Organizations : Practice , Principle and Judicial Precedent , American journal of International Law , vol . 85 , pp. 259 , 280 (1991) . See also R . Higgins International Law and How We Use It , p. 47 (1994) .

(٢) See , Westland Helicopters Ltd v. A.O.I. International Law Reports , vol . 80 p. 614.

وينبغي التنويه إلى أن هذا التحليل القانوني لاستنتاج مسؤولية الدول الأربعة في منظمة التصنيع العربية يعتبر أكثر إقناعاً من وجهة نظر القانون الدولي من التحليل الآخر الذي قدمته نفس المحكمة ، والذي يعتمد على شرط وجود الاستبعاد الرسمي لمسؤولية الدول الأربعة في الوثيقة التأسيسية للمنظمة لكي تعتبر غير مسؤولة عن التزامات وديون المنظمة التي عقدتها باسمها الخاص. ومع هذا فإن محكمة الاستئناف الإنكليزية قد رفضت هذا في قضية I.T.C. ، كما أنه يتعارض مع رأي الأستاذ Amerasinghe المشار إليه سابقاً وأساتذة آخرين [١].

المبحث الرابع
الصلاحية الإجرائية للمنظمات الدولية

طبقاً للقانون الداخلي، فإن الشخص القانوني لديه القدرة أو الصلاحية بأن يرفع القضايا ، ويمكن أن ترفع القضايا ضده في المحاكم الوطنية، ومن المفروض أن تكون لدى الشخصية القانونية الدولية نفس هذه القدرات. غير أن حق المنظمات الدولية في المثول أمام المحاكم الدولية Locus Standi before International Tribunals يعتمد على القانون الذي ينظم هذه المحاكم أو الاتفاقيات الخاصة التي أسست الهيئة التحكيمية .

فمحكمة العدل الدولية بموجب المادة 34 من نظامها تقضي فقط في القضايا

(١) See , e.g. Shihata , The Legal Problems of International Public Ventures (1969).

المتنازع فيها بين الدول [١]. The International Court of Justice hears only States in contentious cases as parties.

وطبقاً لهذه المادة لا يحق للمنظمات الدولية المثول أمام المحاكم الدولية في القضايا المتنازع فيها (Contentious Cases) ولكنها تستطيع - وحدها ودون الدول إذا سمح لها - أن تطلب الآراء الاستشارية (Advisory Opinions) من المحكمة [٢]. إلا أن طلبات الآراء الاستشارية يمكن أن تستعمل كبديل للقضايا المتنازع فيها سواء بين منظمة دولية ودولة أو بين منظمتين دوليتين أو حتى بين منظمة وعضو من موظفيها أو شخص خاص، وفي هذه الحالات لابد من موافقة الطرفين[٣]. وبالفعل فقد استخدمت الآراء الاستشارية كوسيلة للتغلب على الحاجز الذي يمنع المنظمات الدولية من المثول أمام المحاكم الدولية في القضايا المتنازع

(١) Article 34 of the Statute of the Court states :
1- Only States may be parties in cases before the Court .
2- The Court , subject to and in conformity with its Rules , may request of public international organizations information relevant to cases before it , and shall receive such information presented by such organizations on their own initiative .
3-Whenever the construction of the constituent instrument of a public international organization or of an international convention adopted thereunder is in question in a case before the Court , the Registrar shall so notify the public international organization concerned and shall communicate to it copies of all the written proceedings.

(٢) Article 96 of the Statute of the Court states:
1-The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any Legal question .
2-Other organs of the United Nations and specialized agencies , which may at any time be so authorized by the General Assembly , may also request advisory opinions of the Court on Legal questions arising within the scope of their activities .

(٣) See E . Lauterpacht , Aspects of the Administration of International Justice , p. 60 (1991) .

فيها كأطراف.

وينص القسم 30 من الاتفاقية الخاصة بحصانة الأمم المتحدة وامتيازاتها على أن:

كل الخلافات التي تنشأ عن تفسير أو تطبيق الاتفاقية الحالية تحال إلى محكمة العدل الدولية إلا إذا اتفق الأطراف في أية قضية على طريقة أخرى لحل تلك الخلافات . فإذا نشأ خلاف بين الأمم المتحدة من جهة ودولة عضو من جهة أخرى حول أية مسألة قانونية ، فعليه أن يقدم طلباً في الرأي الاستشاري للمحكمة طبقاً للمادة 96 من الميثاق والمادة 65 من نظام المحكمة . والرأي الذي تعطيه المحكمة يكون رأياً حاسماً ومقبولاً من الأطراف .

Section 30 of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations provides that :
All differences arising out of the interpretation or application of the present convention shall be referred to the International Court of Justice , unless in any case it is agreed by the parties to have recourse to another mode of settlement . If a difference arises between the United Nations on the one hand and a Member on the other hand , a request shall be made for an advisory opinion on any legal question involved in accordance with Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute of the Court . The opinion given by the Court shall be accepted as decisive by the parties [١].

الحقيقة إذن ، أن النزاع بين المنظمة ودولة يمكن أن يكون موضوعاً لقرار ملزم صادر عن المحكمة على أساس الطلب الاستشاري الذي يماثل الدعوى المتنازع

(١) See , 1 U.N.T.S.15 .

فيها [١] .

ويمكن كذلك لمنظمة دولية أن تكون طرفاً منازعاً (Contentious Party) في أية محكمة دولية لا تسري عليها مادة مشابهة للمادة 34 من نظام محكمة العدل الدولية. فلقد فتحت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار The U.N.Convention on the Law of the Sea of 1982 المجال لاستعمال المحكمة الدولية لقانون البحار من قبل الدول وغير الدول فالمادة 20 من نظام هذه المحكمة تنص على الآتي :

إن المحكمة مفتوحة للكيانات غير الدول في أية قضية نص عليها صراحة الجزء الحادي عشر أو في أية قضية قدمت طبقاً لأية اتفاقية أخرى تمنح الاختصاص للمحكمة الذي وافقت عليه جميع الأطراف في القضية .

Article 20 of the Statute of the International Tribunal for the Law of the Sea states :
The Tribunal shall be open to entities other than States Parties in any case expressly provided for in Part XI or in any case submitted pursuant to any other agreement conferring jurisdiction on the Tribunal which is accepted by all the parties to that case[٢] .

ويبدو من هذه الدراسة أن للشخصية القانونية الدولية أهمية في تحديد القدرات المختلفة للمنظمة الدولية ومسئولية هذه المنظمة والدول الأعضاء فيها، إلا أن هذه الشخصية ليست وحدها هي العامل الحاسم والجوهري في تقرير وجود (قيام) هذه القدرات والمسئوليات، ذلك أن الوثيقة المؤسسة وكذا نوايا الأعضاء

(١) See , e.g . Headquarters Agreement Advisory Opinion , I.C.J.Reports , p. 128 (1988) .
(٢) See , Annex VI of the U.N. Convention on the Law of the Sea and Article 187 of the Convention . U.N.Doc . A/CONF . 62/122 of Oct . 7 , 1982 .

المؤسسين لهما دور في تحديد مدى ونطاق هذه القدرات والاعتراف بها لصالح هذه المنظمة الدولية أو تلك، ومن ثم مدى مسئولية المنظمة الدولية والدول الأعضاء فيها، ذلك أن من المسلم أن ما يمنح لمنظمة ما من حقوق وواجبات قد يختلف عما يمنح لمنظمة دولية أخرى ، وذلك تأسيساً على ماورد في الوثيقة التأسيسية لكل منهما ومقصد الدول الأعضاء فيهما .

المبحث الخامس
وضعية الأفراد في القانون الدولي المعاصر

لقد كان الأفراد[١] تحت حكم الدول التام ، ولم يسمح لهم أن يلعبو أي دور على الساحة الدولية في المرحلة الأولى من تطور المجتمع الدولي، حيث أن القانون الدولي قد نظر في اعتباره للأفراد لصفتهم كمواطنين لدولة معينة، وفي حالة المنازعات مع الدول الأخرى لا يتمتع الأفراد بحماية القانون الدولي إلا إذا قررت دولتهم ممارسة الحماية الدبلوماسية نيابة عنهم[٢] .

وعليه كانت حماية الأشخاص وممتلكاتهم من اهتمامات الدول [٣]، لذلك فإن

---

(١) See , Norgaard , the Position of the Individual in International Law (1962) ; Gormley , The Procedural Status of the Individual before International and supernational Tribunals (1966) ; E . Lauterpacht , International Law being the Collected Papers of Herch Lauterpacht , vol . I . pp. 469 - 471 (1970) ; O , Connell , International Law , vol .I,pp. 108 - 109 (2 nd ed . 1970) .

(٢) See , Mavrommatis Palestine Concessions, Jurisdiction(Greece v. Great Britain) , P.C.I.J., Series A No . 2 p. 11 - 12(1924).

(٣) See , H . J . Steiner and D.F. Vagts , Transnational Legal Problems : Materials and Text , p. 402 (3 rd ed . 1986).

الأفراد الذين ليس لهم أي جنسية لم يتمتعوا بأي حماية دولية [1]. إلا أنه في العشرينات من هذا القرن بدأت نزعة جديدة سمحت على إثرها الدول للأفراد الذين يعيشون تحت سيادتها أن يقوموا بدور محدود في المجتمع الدولي . وقد برزت هذه النزعة عندما قرر مؤسسوا منظمة العمل الدولية أن يمنحوا النقابات الصناعية للعمال وأصحاب الأعمال حق المطالبة باحترام اتفاقيات منظمة العمل الدولية من قبل الدول الأعضاء في المنظمة. وقد حدثت تطورات مماثلة في مجال الحماية الدولية للأقليات العرقية والدينية واللغوية حيث أعطت الاتفاقيات الدولية الحق لممثلي تلك الأقليات أن يخطروا الهيئات المختصة لعصبة الأمم المتحدة بامتناع الدول المعنية عن تنفيذ التزاماتها الدولية [2]. ولاشك أن هذه التطورات قد أدت إلى الاعتراف بصفة أساسية بالصلاحية أو القدرة الإجرائية للأفراد أمام الهيئات الدولية، وكذلك إلى الاعتراف بحقوقهم وما عليهم من واجبات .

المطلب الأول
الصلاحية الإجرائية للفرد

اعترفت الكثير من الوثائق الدولية بالصلاحية الإجرائية للفرد .

فقد أقرت اتفاقية فرساي المتعلقة باختصاص المحاكم التحكيمية المختلطة، The Treaty of Versailles Relating to the Jurisdiction of the Mixed Arbitral Tribunals والاتفاقية البولندية - الألمانية لعام 1922 المتعلقة بإقليم سيليزية العالي The Polish-German Convention of 1922

(١) See , Cassese , " Individuals ," in M . Bedjaoui (ed .) International Law : Achievement and prospects ,p.114 (1991).

(٢) Id . at 115 .

بالصلاحية الإجرائية للفرد أمام المحاكم التي Relating to Upper Silesia أنشأتها تلك الاتفاقيات . وبهذا الصدد أقرت المحكمة المنبثقة عن الاتفاقية البولندية - الألمانية الوضع الإجرائي المستقل للفرد كمدّعٍ أمام وكالة دولية حتى وإن كان ذلك ضد دولته [١] .

ونظراً للاهتمام الجديد بحقوق الإنسان بعد الحرب العالمية الثانية فقد أصبح للأفراد وضع دولي معتبر [٢] .

ومن المناسب هنا تقديم بعض الأمثلة على القدرات الإجرائية التي يتمتع بها الأفراد بموجب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان. وبهذا الصدد تجب الإشارة إلى البروتوكول الاختياري للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية The Optional Protocol to the 1966 Covenant on Civil and political Rights .

فقد نصت المادة الأولى من البروتوكول على أن :

الدولة العضو في الاتفاق والتي تصبح عضواً في البروتوكول الحالي تعترف بصلاحية اللجنة فى أن تتسلم وأن تنظر في طلبات الأشخاص الخاضعين إلى اختصاصها والذين يدّعون أنهم كانوا ضحايا نتيجة مخالفة تلك الدولة حقاً من الحقوق التي نص عليها الاتفاق .

Article 1 of the Protocol provides :

A State Party to the Covenant that becomes a party to the present Protocol recognizes the competence of the Committee to receive and

(١) See , Steiner and Gross v . Polich State , Annual Digest of Public International Law , vol . 4 , p . 291 (1927 - 28) .

(٢) See ,D.P. Forsythe & K.K. Pease , Human Rights , Humanitarian Intervention and World Politics Human Rights Quarterly , vol. 15 : 2 pp. 291 , 294 (1993).

consider communications from individuals subject to its jurisdiction who claim to be victims of a violation by that State Party of any of the rights set forth in the Covenant (1).

وتقوم لجنة حقوق الإنسان التي تأسست بموجب المادة 28 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية The Covenant on Civil and Political Rights بدراسة الطلبات، كما يحق لها أن توجه الاسئلة وطلب الاستيضاحات إلى الدولة المعنية والفرد بعد دراسة الطلب، وجواب الدولة إذا كان هناك جواب. ويحق للأفراد كذلك أن يقدموا طلبات مماثلة بموجب المادة 14 من الاتفاقية للتفرقة العنصرية لعام 1965 (The 1965 Convention on Racial Discrimination).

وعلى المستوى الأوروبي، فإن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 (The European Convention on Human Rights of 1950) وضعت نظاماً متقدماً لحماية حقوق الإنسان بناء على طلب الأفراد. فقد نصت المادة 25 من الاتفاقية على أنه :

يمكن للجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أن تتسلم طلبات موجهة إلى الكاتب العام للمجلس الأوروبي، من كل شخص أو منظمة غير حكومية أو مجموعة من الأشخاص، يدعون أنهم كانوا ضحايا مخالفة دولة من الدول المتعاقدة لحق من الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، على شرط أن الدولة المتعاقدة التي قُدم الطلب ضدها قد أعلنت أنها تعترف بصلاحية اللجنة بأن تتسلم تلك الطلبات.

Article 25 of the Convention states :

(1) The Commission may receive petitions addressed to the Secretary - General of the Council of Europe from any person, non-govermental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of

(1) See, 999 U.N.T.S. 171, 302.

the rights set forth in this Convention , provided that the High Contracting Party against which the complaint has been lodged has declared that it recognises the competence of the Commission to receive such petitions . Those of the High Contracting Parties who have made such a declaration undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right [١].

ويتميز هذا الإجراء أمام اللجنة الأوروبية بمشاركة المتظلم في المراحل المختلفة للدعوى، وعندما تحال القضية إلى المحكمة The European Court للحكم فيها، فإنه يستطيع كذلك أن يشارك في الدعوى، غير أنه في هذه المرحلة الأخيرة لا يتمتع بوضع إجرائي رسمي .

والجدير بالذكر أن نصوصاً مشابهة للنصوص التي ذكرناها توجد في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان The American Convention on Human Rights of 1969 حيث أن المادة 44 من الاتفاقية تنص على أنه :

يمكن لكل شخص أو مجموعة من الأشخاص أو لكل منظمة غير حكومية معترف بها في دولة أو أكثر من الدول الأعضاء في المنظمة أن تقدم طلبات إلى اللجنة تحمل الإدانات أو الشكاوي التي خالفت بمقتضاها دولة عضو في هذه الاتفاقية .

(١) See , 213 U . N . T . S . 221 , E . T .S . 5 , as amended by Protocol No. 3 (1963 , in force Sept . 21 , 1970) , E . T . S . 45 , and Protocol No. 5 (1966 , in force Dec . 20 , 1971) E.T.S . 55 . The Convention entered into force sept. 3, 1953.

Article 44 of the American Convention provides :

Any person or group of persons,or any nongovernmental entity legally recognized in one or more member States of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State Party .(١)

ولقدكان هناك تقدم ملحوظ في قدرة الأفراد والأشخاص الاعتباريين الخاصين -كالشركات- على استعمال المحاكم الدولية المعنية بحماية الاستثمارات الأجنبية، وقدحدث هذا التطور في 1965 عند الموافقة على الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار والقائمة بين الدول ومواطنين من دول أخرى .

The International Convention for the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States .(٢)

ولا ريب أن هذه الاتفاقية قد فتحت المجال للأطراف الخاصة لتطالب مباشرة بالتحكيم الدولي في منازعاتها مع الدولة المضيفة. وقد أسست هذه الاتفاقية مركزاً دولياً في واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار الدولي وذلك باعتماد التوفيق والتحكيم لحل القضايا بين الدول المتعاقدة والشركات

(١) Signed on Nov . 22 , 1969 at the Inter - American Specialized Conference on Human Rights at San Jose ,Costa Rica. Treaty Series No. 36 OAS Off . Rec . O E A / Series K/XVI/1.1 . For a detailed discussion of the procedural capacity of Nongovernmental Organizations at the international level , see , Dinah Shelton , The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings American Journal of International Law , vol . 88 , pp. 611 - 642(1994).

(٢) See , 575 U.N.T.S. 159 ; American Journal of International Law , vol . 60 , p. 892 (1966) . By 1990 more than , 91 States had become parties to the Convention . These include France the U.K.and the U.S. and most African and some Asian and latin American developing States .

التابعة لدولة من تلك الدول إذا اتفق الطرفان على ذلك[١] .

واعترفت حديثاً المحكمة الإيرانية -الأمريكية The Iran - United States ClaimsTribunal التي تأسست في1981 بموجب إعلان الجزائر لتسوية المنازعات بين إيران والولايات المتحدة [٢] بالصلاحية الإجرائية للفرد، حيث أنها تنظر في الدعاوي التي يرفعها المواطنون الإيرانيون ضد الولايات المتحدة والعكس بالعكس، بالإضافة إلى الدعاوي بين الدولتين. وفي حالة القضايا الصغيرة فإن الدولة الوطنية قد ترفع الدعوى نيابة عن مواطنيها، أما بالنسبة للدعاوي الكبيرة، فإن المواطنين يمكنهم أن يتصرفوا بأنفسهم [٣]. وبالفعل أصر وكيل ايران على أنه لا يجوز لوكيل الولايات المتحدة الأمريكية أن يترافع في الجلسات المتعلقة بطلبات المواطنين لأن الولايات المتحدة ليست طرفاً في تلك الدعاوي [٤].

---

(١) Schwarzenberger , Foreign Investments and International Law,Chap. 9 (1969) ; Sutherland , The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes , International and Comparative Law Quarterly , vol . 28 , p. 367 , 380 (1979) .

(٢) See, Iran - U . S . Claims Tribunal Reports, vol .1, pp. 3-56 .

(٣) See , Article III (3) of the Declaration . For a detailed discussion of this point , see , David D . Caron The Nature of the Iran - United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution , American Journal of International Law , vol . 84 , pp . 105 , 131 - 137 (1981) .

(٤) See , Letter From A . Roven to G. Lagergren (May 28 , 1982) reprinted in Mealey's Litigation Rep . - Iranian claims , p.4924 (1986) .

المطلب الثاني
الواجبات المفروضة على الفرد

إن الأفـراد مـقـيـدون أو ملزمـون بما يفـرضـه القـانون الدولي بغض النظر عن قـانون دولهم والأوامـر الصـادرة عن مـسـؤوليـهم . ولقـد وضع هذا المبـدأ في الميثاق الملحق باتفاقية عام 1945 التي نصت على تأسيس المحكمة العسكرية الدوليـة فـي نـورنبـوغ The Charter of the International Military Tribunal at Nurnberg بالإضافة إلى ميثاق المحكمة العسكرية الدولية في طوكيو. The Charter of the International Military Tribunal at Tokyo.

ولقـد أكـد هذا المبـدأ في حكم مـحكمـة نورنبـوغ ، وهو نابع من الضـرورة الملحة على تطبيق القانون الدولي تطبيقا فَعالاً. حيث قالت المحكمة :

إن الجرائم ضد القانون الدولي يرتكبها الإنسان لا الكيانات المجردة ، حيث أنه يمكن تنفيـذ نصـوص القـانون الدولي فـقط بمعـاقـبـة الأشـخـاص الذين يرتكبـون تلك الجرائم .

The Court said that :

Crimes against international law are committed by men , not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced [1].

ولقـد أيدت الجـمـعـيـة العـامـة للأمم المتحدة هذه المبادىء في قرارها المؤرخ في 1946/12/11[2]. كـمـا أن اتفـاقـيـات جنيـف لمعـاملة أسـرى الحرب The Geneva

(١) See , American Journal of International Law , vol . 41 , p . 221 (1947) .
(٢) See , G . A. Res . 95 (1) , G.A.O.R . Resolutions , First Session , Part II, P.188.

قـد سـمـحت للدول Conventions on the Treatment of Prisoners of War المتحاربة أن تحاكم أعضاء القوات المعادية الذين يخالفون أحكام الاتفاقية ، وقد فـرضت كـذلك علـى الدول أن تحـاكم المسـؤولـين العـسكريـين الـذيـن يرتـكبـون تلك المخـالفـات . وتنطبق نصـوص مماثلة بالنسـبـة للجـرائم ضـد السكـان المدنيـين خرقـاً للاتفاقيـة المتعلقة بحماية المدنيـين في وقـت الحـرب . The Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War [1].

والجـدير بالذكـر أن عـمـل لجنة القـانون الدولي لمشـروع قـانون الجـرائم ضد السلام وأمن الإنسانية The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind قد ركز عل تحـضـير مـواد مـشـروع قـانون يعـتـبـر الأفـراد مـسـؤولين شـخصـيـاً عن تلك الجـرائم [2] . ولقـد تبنت اللجنة المشـروع في دورتها الثالثة والأربعين فـي 1991 . ونصت المادة 5 منه على أن :

محـاكـمة الشـخص تعـفي الدولة من المسـؤولية طبقـاً للقانون الدولي عن أي عـمل أو تقصير يمكن نسبته إليها .

Article 5 of the 1991 Draft Code provides that :
prosecution of an individual does relieve a State of responsibility under international law for an act or omission attributable to it .

(١) See , 75 U . N . T . S . 287 (1949) . For an important Case during the Vietnam Conflict see , United States v. Cally 46 C.M.R. 1131 (A.C.M.R.1973) , aff'd 22 C.M.A 534 , 48 C.M.R.19 (1973) , petition for writ of habeas corpus granted sub nom ., Calley v. Callaway , 382 F . Supp . 650 (M.D.Ga . 1974) , rev'd , 519 F.2d 184 (5 th Cir . 1975) , cert . denied , 425 U.S. 911 , 96 S . Ct . 1505 , 47 L . Ed . 2d 760 (1976).

(٢) Yearbook of the International Law Commission , vol . I, pp .29 - 30 (1983) See also Ferencz , Current developments : The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind , American Journal of International Law , vol . 75 , p.674 (1981).

كما قررت المادة 6 أن :

كل دولة يوجد في قطرها شخص متهم بارتكاب جريمة ضد السلام وأمن الإنسانية عليها أن تحاكمه أو أن تسلمه إلى دولة أخرى .

Article 6 of the Draft states that :

Any State in whose territory an individual alleged to have committed a crime against the peace and security of mankind is present shall either try or extradite him [١].

و معلوم أن اعتداء العراق على الكويت قد أدى إلى اتهام القوات العراقية بارتكاب جرائم ضد السلام ، وقد قدمت اقتراحات لمحاكمة المسؤولين عن تلك الجرائم غيابياً، كما ودعت إحدى هذه الاقتراحات بالمحاكمة في محكمة خاصة تؤسس تحت إشراف مجلس الأمن الدولي[٢] .

وقد اعتبر مجلس الأمن الدولي الأشخاص الذين يرتكبون أو يأمرون بارتكاب المخالفات الخطيرة لاتفاقيات جنيف في يوغوسلافيا السابقة The former Yugoslavia مسؤولين شخصياً عن تلك المخالفات[٣]، وأسست محكمة دولية

(١) See, International Legal Materials,vol. 30 , p . 1584 (1991). For Commentary on the Draft , see I.L.C. 10 th Report on the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind , U.N. Doc . A/CN.4/L. 469 , pp. 31 - 59 (1992).

(٢) See , O'Brien , the Nurenberg Precedent and the Gulf war , Virginia Journal of International Law , vol . 31 , p. 391 (1991) ; Moore , War Crimes and the Rule of Law in the Gulf Crisis , Virginia Journal of International Law , vol . 31 , p . 403 (1991) .

(٣) See , Security Council Resolution 764 (1992) .

لمحاكمتهم [1]. إلا أنه ليس من الواضح هل تنجح هذه المحكمة الدولية في مهمتها. والذي يبدو أن نجاحها سوف يتوقف على عوامل كثيرة منها رغبة الدول الكبرى في الوصول إلى تسوية معينة للمأساة الإنسانية في يوغوسلافيا السابقة وعدم انهيار تلك التسوية. وفي هذا السياق يقول الأستاذ:

Professor Anthony D'Amato:

قد يكون وقف نزيف دم الأبرياء المدنيين في يوغوسلافيا السابقة مبرراً على أساس أنه أفضل من الإصرار على معاقبة مجرمي الحرب. إذ قد يبدو لمسؤولي الأمم المتحدة أن الحصول على السلام في البوسنة هو أحسن من الوصول إلى المسؤولية الشخصية عن جرائم الحرب. وفي عبارات واسعة، ولكن قد تكون مضللة، فإن السلام هنا قد يكون أهم من العدالة.

Professor Anthony D'Amato said that :

For it may be justified on the ground that it is better to stop the bloodshed of innocent civilians in former Yugoslavia than to insist on punishing war criminals . Securing peace in Bosnia may seem to the UN officials to be preferable to achieving individual accoutability for war crimes . In broad but perhaps misleading terms , peace may here seem more important than justice [2].

(١) See Security Council Resolution 827 , 1993, establishing the International Tribunal for Violations of Humanitarian Law in the former Yugoslavia.For a detailed discussion of the International Court see, O'Brien , The International Tribunal for Violations of Humanitarian Law in the Former Yugoslavia , American Journal of International Law , vol . 87 , pp. 639 - 659 (1993); Meron , War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law , American Journal of International Law , vol . 88 , pp. 78-87 (1994); Joyner , Enforcing Human Rights Standards in the Former Yugoslavia , Denver Journal of International Law and Policy , vol . 22 : 2,3,p.235 (1994) .

(٢) See , A . D' Amato , Peace vs . Accountability in Bosnia , American Journal of International Law . vol . 88 , p. 500 (1994) .

الخاتمـــــة

يوجد الآن عدد كبير من المنظمات الدولية والتي تختلف عن بعضها البعض من حيث المجال والتركيب والوظيفة . وتنشأ المنظمات الدولية بموجب الاتفاقيات الدولية ويحكمها القانون المتعلق بتلك الاتفاقيات وهو نوع من القانون الدستوري الدولي .

كذلك فإن المنظمات غير الحكومية التي تعرف باسم (NGO's) تلعب دوراً فعالاً على الساحة الدولية، وخاصة في مجال حقوق الإنسان ، مثل منظمة العفو الدولية واللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي. إلا أن المنظمات غير الحكومية لم تحصل بعد على الشخصية القانونية الدولية، كما أن شخصيتها القانونية والحقوق الخاصة بها تخضع للقانون المحلي الذي يوجد بها مركزها الرئيسي ما عدا المنظمة الدولية للاتصالات للأقمار الصناعية (INTELSAT) فإنها لا تقبل القانون المحلي لمركزها الرئيسي لتنظيم أعمالها .

ولاشك أن إعطاء الشخصية القانونية الدولية للمنظمات الدولية يعني القدرة على القيام بالأعمال القانونية على المستوى الدولي بدلاً من القيام بها داخل النظام القانوني الداخلي. ولإن كانت المعاهدة المؤسسة للمنظمة توضح أحياناً ما إذا كانت للمنظمة الشخصية القانونية الدولية، إلا أنه قد يكون من الضروري في حالات أخرى استنتاج الشخصية القانونية الدولية للمنظمات الدولية من الصلاحيات الممنوحة في تلك المعاهدة التأسيسية ومن الصلاحيات التي منحت لتلك المنظمة .

وقد قررت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري في قضية التعويضات (Reparations) أن الأمم المتحدة كانت شخصية قانونية لديها القدرة أو الصلاحية بأن ترفع الدعاوي الدولية على الأعضاء وغير الأعضاء على حد سواء، وتوصلت المحكمة إلى هذه النتيجة بمقتضى تفسير الميثاق في ضوء الأهداف والمهام الممنوحة للأمم المتحدة .

ومما تنبغي معرفته أن الوثيقة المؤسسة لكل منظمة هي التي تحدد سلطات المنظمة ووظائفها، وتعين كذلك الهيئات التي يحق لها أن تمارس تلك السلطات الممنوحة للمنظمة. ولقد استقر القضاء الدولي على أن التصرفات التي تنفذ بطريقة تتعارض وتوزيع الوظائف بين عديد الهيئات المختلفة التي تحددها الوثيقة التأسيسية للمنظمة تعتبر من تصرفات المنظمة وملزمة لها. والقانون الداخلي والقانون الدولي يتصوران على حد سواء الحالات التي قد تكون فيها الشركة أو الهيئة السياسية ملزمة تجاه الأطراف الأخرى بأعمال الوكيل المخالفة لنظام الشركة أو الهيئة السياسية .

وتجدر الإشارة إلى أن المنظمات الدولية تتمتع بالقدرة على عقد المعاهدات الدولية مع الدول بصرف النظر عن أن تكون هذه القدرة منصوصاً عليها صراحة أو ضمناً في وثيقتها التأسيسية، ويمكن اثباتها عن طريق تفسير الوثيقة ككل والرجوع إلى الصلاحيات المتضمنة فيها. كما تتمتع المنظمات الدولية أيضا بقدر معين من الحماية القانونية والحصانات والامتيازات في الدول الأعضاء حتى تتمكن من القيام بمهامها وتحقيق الأهداف التي أنشأت من أجلها، ويتمتع كذلك ممثلوا الدول لدى المنظمات الدولية بحصانات وامتيازات، وقد نظمت هذه الحصانات

والامتيازات اتفاقية فيينا لتمثيل الدول في علاقاتها مع المنظمات الدولية ذات الطابع العالمي التي تبنتها الأمم المتحدة سنة 1975 · The Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character. وصيغت هذه الحصانات والامتيازات على غرار اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية The Vienna Convention on Diplomatic Relation. فبالنسبة للأمم المتحدة والوكالات المتخصصة فإنها تتمتع بحصانة مطلقة في عملياتها الداخلية التي تشمل العلاقات مع موظفيها ، أما بالنسبة للمنظمات الدولية الأخرى فإن القانون الدولي لم يحسم المسألة ويحتمل أن تتمتع فقط بحصانة مقيدة ·

وتعتبر المنظمات الدولية مسؤولة عن خرق التزاماتها التعاقدية تجاه الأفراد والشركات ، والدول الأعضاء في تلك المنظمات لا تتحمل كقاعدة عامة المسؤولية الفردية عن تصرفات أو التزامات تلك المنظمات· إلا أنه في بعض الحالات قد تكون الدول الأعضاء في المنظمات الدولية مسؤولة تجاه الآخرين عن التزامات وديون تلك المنظمات، وتحدد هذه المسؤولية بموجب الوثائق المكونة للمنظمات الدولية وقصد الدول الأعضاء، كما تستنتج من تفسير تلك الوثائق وليس بالاشارة إلى الاستبعاد الصريح لها في تلك الوثائق كما قررت ذلك المحكمة التحكيمية في قضية المنظمة العربية للتصنيع (The A.O.I.Case)، ثم إن المبادىء القانونية المتعلقة بمسؤولية الدول الأعضاء في المنظمات الدولية التي وضعتها محكمة المنظمة العربية للتصنيع قد رفضتها محكمة الاستئناف الإنكليزية في قضية المجلس الدولي للقصدير (The I.T.C. Case)، ولم يأخذ بتلك المبادىء فقهاء القانون الدولي ·

وفـيـمـا يتـعلق بحـق المنظمـات الدوليـة فـي المثـول أمـام المحـاكـم الدوليـة فـإنـه يعـتـمـد على القـانـون الذي ينظم هذه المحاكم أو الاتفـاقـيـات الخـاصـة الـتي أسـسـت الهـيـئـة التـحكيـمـيـة، حيث أن مـحكمـة العـدل الدولـيـة بموجب المـادة 34 مـن نظامـهـا تقـضي فـقـط في القـضـايا المتنازع فـيـهـا بين الـدول، إلا أن المنظمـات الدوليـة قـد استخدمت الآراء الاستـشـارية كوسيلة للتغلب على الحاجز الذي يمنعـهـا من المثـول أمـام المحـاكم الدوليـة في القـضـايا المتنازع فـيـهـا كـأطـراف. وقـد فـتـحـت اتفـاقـيـة الأمم المتـحـدة لقـانـون البـحـار The U . N. Convention on the Law of the Sea المجـال لاسـتـعـمـال المحكمـة الدوليـة لقانـون البحـار The International Tribunal for the Law of the Sea من قـبل المنظمـات الدوليـة والأفـراد[1]. ولذلك فـإنه يمكن أن نسـتنتج أن المنظمـات

(١) Article 187 Of the U.N. Convention on the Law of the Sea on the Jurisdiction of the Sea -Bed Disputes Chamber provides:
The Sea - Bed Disputes Chamber shall have jurisdiction under this Part and the Annexes relating thereto in disputes with respect to activities in the Area falling within the following categories :
(a) disputes between States Parties concerning the interpretation or application of this Part and the Annexes relating thereto ;
(b) disputes between a State Party and the Authority concerning:
(i) acts or omissions of the Authority or of a State Party alleged to be in violation of this Part or the Annexes relating thereto or of rules , regulations and procedures of the Authority adopted in accordance therewith or ;
(ii) acts of the Authority alleged to be in excess of jurisdiction or a misuse of powers ;
(c) disputes between parties to a contract , being States Parties , the Authority or the Enterprise , state enterprises and natural or juridical persons referred to in article 153 , paragraph 2(b), concerning :
(i) the interpretation or application of a relevant contract or a plan of work or ; =

الدولية أصبحت تتمتع بالصلاحية الاجرائية أمام الهيئات والمحاكم الدولية في القضايا المتنازع فيها كأطراف بموجب الاتفاقيات الدولية الحديثة .

ونظراً للاهتمام الكبير بحقوق الإنسان وحماية الاستثمارات الأجنبية فقد أصبح للأفراد كذلك وضع دولي معتبر ، ذلك أن الاتفاقيات الدولية قد اعترفت بالصلاحية الإجرائية للأفراد أمام المحاكم والهيئات الدولية التي انشأتها تلك الاتفاقيات . كما منحت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان الحق للأفراد في تقديم طلبات إلى الهيئات والمحاكم الدولية للإدعاء بأنهم كانوا ضحايا نتيجة مخالفة تلك الدول حقاً من الحقوق التي نصت عليها تلك الاتفاقيات .

وعلاوة على ما تقدم فقد أعطت الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار والقائمة بين الدول ومواطنين من دول أخرى The International Convention for the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. الصلاحية الإجرائية للأطراف

=. (ii) acts or omissions of a party to the contract relating to activities in the Area and directed to the other party or directly affecting its legitimate interests ;

(d) disputes between the Authority and a prospective contractor who has been sponsored by a State as provided in article 153 , paragraph 2 (b) , and has duly fulfilled the conditions referred to in Annex III, article 4, paragraph 6 , and article 13 ,paragraph 2 ,concerning the refusal of a contract or a legal issue arising in the negotiation of the contract ;

(e) disputes between the Authority and a State Party , a state enterprise or a natural or juridical person sponsored by a State Party as provided for in article 153 , paragraph 2 (d), where it is alleged that the Authority has incurred liability as provided in Annex III , article 22 ;

(f) any other disputes for which the jurisdiction of the Chamber is specifically provided in this Convention .

الخاصة لتطالب مباشرة بالتحكيم الدولي في منازعاتها مع الدول المضيفة . واعترفت المحكمة الإيرانية - الأمريكية The Iran - U.S . Claims Tribunal بالصلاحية الإجرائية للأفراد، حيث أنها تنظر في الدعاوي التي يرفعونها ضد أي من الدولتين.

ويعتبر الأفراد مسؤولين شخصياً عن المخالفات الخطيرة للقانون الدولي مثل اتفاقيات جنيف The Geveva Conventions والجرائم ضد السلام وأمن الإنسانية Crimes Against the Peace and Security of Mankind.

ولذلك يمكن أن نستنتج أن الأفراد أصبحوا شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام ، ويتمتعون بحمايته المباشرة ،كما يخضعون للالتزامات التي يفرضها على المستوى الدولي ، ويستفيدون من الصلاحيات التي يمنحها للدول،كالصلاحية الإجرائية أمام الهيئات والمحاكم الدولية .

المحتويات

Contents

international tribunals and other international bodies such as the Human Rights Committee, to the effect that they were victims of a violation of the rights set forth in such conventions. The International Convention for the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States has opened up the possibility for private individuals to seek international arbitration. Moreover, the Iran - U.S. Claims Tribunal has given individuals direct access for the settlement of their claims. According to the Claims Settlement Declaration of 1981, individuals are responsible for the presentation of their cases and the conduct of each case falls entirely upon the claimant himself with respect to large claims.

Since individuals enjoy the rights and benefits of international law, they are subject to its duties. They are liable for the grave breaches of international law, and the norms of war such as the Geneva Conventions, and crimes against humanity, and peace and security of mankind as demonstrated by the establishment of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia.

Accordingly, it is possible to conclude that individuals have become subjects of international law, and they enjoy some of the rights that international law confers on States such as the procedural capacity before international tribunals. But individuals are bound by the obligations that international law imposes on the international plane.

* * *

of internal operations, which include their relations with their employees. But it is not clear under international law whether other international organizations enjoy absolute or restricted immunity, and probably they are accorded only restricted immunity under the law of the United States.

International organizations are liable for breaching their contractual obligations with States and individuals. The States Members of international organizations, as a general rule are not bound to third parties by obligations undertaken by international organizations in their own name. The liability of the States Members of international organizations should be determined by reference to the construction of the constituent instruments of the organizations in their factual context and not by reference to whether there is or is not an express exclusion of liability in such instruments as the Court of Arbitration has held in the Case of Westland. The dictum established in the Westland Case has been rejected in the Case of the International Tin Council.

The right of international organizations to appear before international tribunals in contentious cases depends upon the law that regulates these tribunals and the special agreements establishing them. According to Article 34 of its Statute, the ICJ can only hear contentious cases between States. But international organizations alone if so authorized can seek advisory opinions from the World Court. In this respect, it is important to note that international organizations have utilized advisory opinions to overcome the problem of lack of standing in contentious cases before the World Court. It is equally important, however, to bear in mind that an international organization may be a contentious party before any international tribunal, which is not subject to a provision similar to Article 34 of the Statute of the ICJ. Under the Convention of the Law of the Sea of 1982, the Sea-bed Dispute Chamber is empowered to exercise jurisdiction in disputes between a State and the authority or between the authority and State enterprises and natural or juridical persons.

The efforts of the world community to protect human rights and encourage foreign investments, have led to the clothing of individuals with international legal personality, with the procedural capacity to bring claims against States on the international plane. Under the various human rights conventions, individuals have the right to petition

The ICJ in its advisory opinion concerning the Reparations Case has held that the U.N. has international legal personality, and has the capacity to bring international claims against members and non-members. The World Court has arrived at this conclusion through the interpretation of the Charter in the light of the purposes and functions of the U.N.

The constituent instrument of each international organization determines the powers and functions of the organization and also identifies the organs responsible for exercising the powers conferred on the organization. The ICJ in its advisory opinion concerning Certain Expenses of the United Nations has held that acts which are performed in violation of the divisions of functions among the several organs, which the Charter prescribes are irregular as a matter of the internal structure, but this would not necessarily mean that they were not acts of the organization. The World Court stated that both national and international law contemplate cases in which the body corporate or politic may be bound, as to third parties by an ultra vires act of an agent.

International organizations have the power to conclude international agreements with States regardless of whether or not such power is explicitly provided for in the constituent instruments of such organizations. Such power may be established by the interpretation of the document as a whole or by reference to implied powers of international organizations.

International organizations enjoy such privileges and immunities in the territories of the Member States as are necessary for performing their functions and achieving the purposes for which they were created. The representatives of States accredited to international organizations likewise, enjoy such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions in connection with such organizations. Such privileges and immunities are governed by the Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character, which were modeled on the Vienna Convention on Diplomatic Relations.

With respect to the U.N. and its specialized agencies, they enjoy absolute immunity from the legal process of States Members in respect

The Summary of the Article
Entitled
Recent Developments of International Law Concerning International Organizations and Individuals

By

Ahcene Boulesbaa, Ph.D.

Assistant Professor of International Law

Faculty of Law, UAE University

There are now many international governmental organizations. Such organizations differ in scope, structure and functions, which are created by international agreements and are governed by the law pertaining to such agreements.

Non-governmental organizations which are known as NGO'S such as Amnesty International and the International Committee of the Red Cross play an important role on the international plane, especially in the field of human rights. But these organizations do not possess international legal personality, and their domestic legal personality, and rights are governed by the municipal law of the headquarters States, with the exception of INTELSAT, which does not accept the law of the United States as its residual law. The legal disputes of INTELSAT are to be resolved by an arbitration tribunal on the basis of the INTELSAT Agreement itself and generally accepted principles of law.

The attribution of international legal personality to international governmental organizations involves the power to perform legal acts on the international plane rather than within the municipal law of States. In some cases, the constituent instrument of the organization indicates whether the organization has the international legal personality. But in some other cases, it may be necessary to infer such international legal personality from the powers granted to the organization in the constituent instrument.

The provisional constitution continued in force for nearly twenty five years and is expected to last for many more years to come without any significant change.

Recommendations have been made to cope with the problems and the difficulties of amending the constitution.

The comparative study and the analysis of the practice in the UAE will help us understand the peculiarity of the constitutional amendment in a federal system and will help us meet the needs of constitutional change in the future.

* * *

Constitutional Amendment
in the United Arab Emirates

By
Dr. Hadif Al-Owais

Abstract

The constitution of the United Arab Emirates of 1971 created a federal system composed of seven emirates.

Federal constitutions distribute legislative power between the two layers of government. The distribution of legislative power in the federal systems is an important aspect of these constitutions.

The existence of the distribution of legislative power in the federal constitutions and the fact that these constitutions preserve the existence and powers of the two layers of government make it inappropriate and unacceptable to entrust one layer of government with the power to amend the federal constitution.

There is a need in each federal system for a constitutional amending process that involves the two layers of government in the process or it involves the people directly in approving the amendments.

The procedures of amending federal constitutions are all ways difficult and result in the failure to amend the constitutions in many occasions. The need to amend the federal constitutions and the difficulty to achieve the amendments require resort to special solutions to accommodate the changing circumstances and to avoid endangering the existence of the federal systems.

The paper analyzes the constitutional amendments in both the U.S. and Canadian Federal Systems in order to understand how difficult it is to achieve the constitutional amendments in these two systems.

The study of the constitutional amendment process in the UAE showed that although the constitution was called a provisional and was meant to last for only five year, after which a permanent constitution was supposed to be adopted, it remained in effect.

an apostate but shall be asked to repent. If he does, his neck shall be spared, or else, he shall be killed; (3) I prefer this last opinion.

The reviler of Allah's prophet, peace and blessings upon him, shall be asked to repent. If he repents that is well and good. If he does not, he shall be killed. This view spares unnecessary bloodshedding, avoids doubts and uncertainties, and also prevents widespread afflictions in the society.

humane, avoids bloodshed, and is more cautious since it allows for uncertainties.

(4) Muslim jurists also differ over the number of times one is permitted to repent. There are nine opinions, in all: (1) Man is given only one chance to repent; (2) He is given three chances; (3) He is given three days; (4) He is given twenty days to repent; (5) One month; (6) Forty days; (7) Two months; (8) He can be given a hundred chances; (9) Repentance can be offered any time, there being no time-limit.

I refute the last one and I prefer the one which allows three opportunities over a period of three days to repent. This accommodates the various opinions.

(5) As for the repentance of a "Zendik", muslim theologians have three different opinions: (1) An apostate has a chance to repent but shall be killed at once; (2) He will be asked to repent. If he repents, he will be spared or, else, he shall be killed; (3) If he repents by his own free will, his repentance is acceptable.

I prefer the third opinion because it breaks a middle ground between the first and the second opinions, and also because Voluntary repentance indicates a reformed state of mind and a sincerity of heart matching with outward behavior.

(6) Muslim theologians also disagree over recurrent apostates. There are three different opinions: (1) A recurrent apostate shall be asked to repent and his repentance is to be accepted, there being absolutely no bar to that. He shall not be killed; (2) He shall be asked to repent and his repentance is accepted for the first time. A second offence shall entails death; (3) The offender shall be asked to repent and his repentance can be accepted three times. If he offends the fourth time, he shall be killed.

My opinion is that recurrent apostatcy is caused by patent, recent doubts and the apostate shall have the absolute right to (Pardon) and he is entitled to have his repentance accepted. But he who relapses time and again just to cheat on the ground of old doubts shall be killed in the second instance.

(7) As for the reviler of Allah's prophet, peace and blessings of Allah upon him, Muslim jurists have three different opinions: (1) The reviler of the prophet, peace upon him, is an apostate and shall be killed. No demand will be made of him to repent; (2) The reviler is

The Summary
of the Article on the Repentance of the Apostate in Isalmic Jurisprudence

By

Rajab Shahwan

(1) Literally speaking, repentance has been variously defined but all the very many meanings revolve, in general, around "to return, to give up, to confess, to renounce, to resolve, to come back, and contrition". Likewise, the conventional meanings of the word are also numerous. Scholars record no less than twenty three meanings, of these I mentioned the ones that have come to my knowledge.

As for "Istetabah" that is, calling on someone to repent, it is hard to define this term.

To me its conventional meaning is "Calling on Someone to return to Islam after One's doubt and misgivings have been removed.

(2) Essentially, repentance or a call to repentance consists in pronouncing the Two Testimonies, but in actual practice the mode of repentance will vary according to the varying Circumstances of the apostate.

He who denied Allah shall be asked to pronounce the Two Testimonies, but he who denied the prophetic mission of Mohammad, peace upon him, shall have to acknowledge the prophethood of Mohammad, peace upon him, in addition to the Two Testimonies.

As for the one who disbelieved Islam, he shall pronounce not only the Two Testimonies but also renounce the particular pagan creed to which he belonged as well as all other pagan beliefs and faiths.

(3) The scholars of theology and jurisprudence differ widely over the call to repentance. There are five schools of thought:

(1) The call to repentance is obligatory; (2) The call to repentance is forbidden; (3) The call to repentance is desirable or commendable (that is an act whose neglect is not punishment but whose performance is rewarded); (4) The call to repentance is only for the Common People who lack understanding and perception; (5) The call to repentance is for those who lived in the early period of Islam.

Personally, I give preference to the first opinion because it is more

Referment in the Private International Law

The standing point of the legislator in the UAE and other Arab countries

By

Prof. Okasha Mohd. Abdel-Aal

Abstract

The study tackles the problem of referment in the Private International Law. In his study, the writer dealt with the point of view of the UAE legislator as a consideration to his efforts in adopting or pursuing a new dimension in the treatment of civil law (article 25) and in particular the case of referment.

The significance of the study lies in the fact that it illustrates the opinion of the UAE legislator in the procedures of referment in comparison to other Arab legislators that repudiated the treatment of referment.

The principal condition of the study is built upon a logical analysis of the purpose of referment rule itself so as to decide the situation of referment in the case of acceptance or refusal. In fact, according to what the writer has called as "professional/functional solution" which is based on analysis and the relationship between parts and whole (sources), he insists on not taking any premature decision at this stage. The writer, on the other hand, insists that the solution that can be adopted by the legislator must come from the consideration of the ultimate goal of the rule of referment and its function.

* * *

The Effect of Financial Guaranty
A Comparative Study

By

Dr. Majid Abu-Rakhia

After the author provided the definition of guaranty he showed its legal rational and validity, and then he explained its legal effects. The author summarized these effects as follows:

(1) The right of the creditor to demand payment from the guarantor and the debtor.

(2) The right of the guarantor to demand from both the creditor and the debtor to be discharged of his responsibility.

(3) The right of the guarantor to sue the debtor.

The author then analyzed the conditions required for discharging the guarantor of his responsibility towards the creditor, and he provided this analysis by way of a comparative approach between Islamic Jurisprudence, Civil Law of Jordan, and United Arab Emirates Law.

* * *

Legal Protection of Trade Marks

By
Dr. Hussein Ghanayem

Abstract

The owner of a trade mark has an exclusive right to use it for marking out his goods or services. Any offence against this right is punishable with imprisonment, fine or both. In addition, the judge may decide the counterfeiting and seizure of goods or instruments used in perpetrating the offence.

In fact, offences relating to trade marks may take the form of falsifying a trade mark, falsely applying a trade mark, selling goods or possessing or offering for sale goods falsely marked, falsely representing a trade mark registered .... etc.

Besides the criminal action, an aggrieved owner of a trade mark may institute a civil action. The latter alternative is sometimes considered to be better than the former. In a civil action, the plaintiff is not asked to establish malice, i.e. to prove the intent of the offender to defraud as the case may be in some criminal actions. Moreover, the aggrieved owner of the trade mark is entitled to be indemnified even though the offence relating to his trade mark has not caused him any actual damage yet. On the other hand, a criminal action can be instituted for defending registered trade marks only, while a civil action may be instituted irrespective of whether the trade mark is registered or not.

* * *

articles are paid an honorarium, in accordcnce with the rules applied by the UAE University .

13 - the editorial board of the journal, in deciding which articles will be published , it takes into account the importance of the topics to the UAE, and the diversity of the views represented in the journal.

(b) Publishing Rules :

With respect to the publishing rules of the Journal of Sharia and Law of the UAE University, they are as follows :

1 - The Journal of Sharia and Law publishes original and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Figh) and the law.

2 - The Contributions may be written in Arabic, or in English or in French.

3 - The Contributions should be between 5,000 and 10,000 words (16 - 32 pages of A - 4) excluding lists of references.

4 - The Contributions must not be part of a Ph.D or an MA thesis, and must not have been published before in any form or Submitted for Publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.

5 - The authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of research . References and footnotes should be cited Properly .

6 - The Contributions must be carefully written and Sharia texts must be clearly indicated.

7 - The Contributions should be free from linguistic and spelling errors.

8 - The Contributions should be typed. Three copies should be sent to the editorial board of the journal.

9 - The authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications .

10 - All Contributions are subject to review by outside readers.

11 - The authors will be notified within two months from the date of the receipt of their articles by the editorial board, whether their work has been accepted or not.

12 - The academic Departments of the Faculty of Sharia and Law have established a list of readers for reviewing the articles submitted to the journal. The list is subject to the approval of the editorial board of the journal, and the readers of the

The Objectives and Publishing Rules of the Journal of Sharia and Law

(a) The objectives of the Journal :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is Published once a year and the articles published in the journal are reviewed by outside readers from well Known univrsities in the World. The objectives of the journal are as follows :

1 - Publishing original articles written by specialists in the fields of sharia (Islamic Law) and law in general in order to enrich these two fields and create opportunities for faculty members of Sharia and Law of the UAE University to publish their work and broaden their perspectives on complex legal issues which are of great importance to legal scholars and the society at large.

2 - Strengthening The academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the World.

3 - Analyzing contemporary issues within the framework of the sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic Nations.

4 - Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of sharia and law , and in the dissertations submitted to Arab Universities, and other universities in the rest of the world as well as conferences and siminars dealing with human and environmental Problems. The Journal of the Faculty of Sharia and Law provides also a forum for commenting and analyzing the judgements of the courts of the UAE and of the other Arab States .

5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

IN THE NAME OF
GOD
MOST GRACIOUS,
MOST MERCIFUL



THE JOURNAL OF SHARI'A AND LAW

The United Arab Emirates University
FACULTY OF SHARI'A AND LAW



" A REFEREED ACADEMIC PUBLICATION "

ISSUE NO 9/ GAMADA EL THANI 1416 - NOVEMBER 1995